الشروط المقترنة بالعقد وأثرها فيه
في الفقه الإسلامي

أ.د. محمد عثمان شبير
قسم الفقه وأصوله
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
جامعة قطر

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن دعا بدعوته إلى يوم الدين ، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ.﴾ (المائدة /١) قال تعالى:﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ.﴾(النساء/٢٩)

وبعد : فإن العقد ينشأ ويوجد بإرادة المتعاقدين، متى صدر عنهما ما يدل على ذلك، وتحققت أركان العقد وتوافرت شروطه وقع العقد صحيحاً نافذاً. وترتبت عليه الآثار والأحكام التي أوجبها الشارع والتي لا دخل للمتعاقدين في إنشائها، فهو الذي شرع العقود ونظم آثارها ورتبها عليها، حيث جعل كل عقد طريقاً إلى تحقيق أهداف ومقاصد معينة.فما مدى تدخل العاقد في تعديل هذه الآثار عن طريق اشتراط الشروط المقترنة بالصيغة؟ ومتى يصح له ذلك ومتى لا يصح؟ وإذا اشترط شروطاً غير صحيحة فهل يتأثر العقد بها، فيبطل أو يفسد؟ كل هذا ما سنجيب عنه في هذا البحث - إن شاء الله تعالى- ولما كان البعد الفقهي هو الأساس في هذا الموضوع فقد رجعت إلى عدد وافر من المراجع والمصادر الفقهية والأصولية التي تمثل أكثر المذاهب الفقهية. هذا بالإضافة إلى كتب التفسير وشروح الأحاديث النبوية الشريفة وكتب اللغة وغيرها. و قد قسمت البحث إلى ثلاثة مباحث وخاتمة.

- تكلمت في المبحث الأول: عن حقيقة الشرط المقترن بالعقد.
- و في المبحث الثاني:عن ضوابط الشرط الصحيح والباطل(غير الصحيح).
- و في المبحث الثالث: عن أثر الشرط في العقد.
- وأما الخاتمة : فقد لخصت فيها أهم نتائج البحث.

والله أسأل أن يكون هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم، وأن يجعله في ميزان حسناتي يوم لا ينفع مال ولا بنون.

* * *

المبحث الأول

حقيقة الشرط المقترن بالعقد

قبل أن نبين ضوابط الشرط الصحيح وغير الصحيح في الفقه الإسلامي لا بد من بيان معنى الشرط المقترن بالعقد وخصائصه التي تميزه عن غيره من الألفاظ.

أولاً : معنى الشرط في اللغة

الشرط في اللغة: إلزام الشيء والتزامه، وهو مصدر شرط، وأصله يدل على علم وعلامة، ويجمع الشرط على شروط: كفلس وفلوس. والشَرَط (بفتحتين) يجمع على أشراط مثل: سبب وأسباب، ومنه أشراط الساعة.(١)

ثانياً : معنى الشرط في الاصطلاح

الشرط في الاصطلاح يطلق على:"ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم ذاته." (٢) قال الراغب في بيان العلاقة بين هذا المعنى والمعنى اللغوي:"كل حكم معلوم يتعلق بأمر يقع بوقوعه. وذلك الأمر ، كالعلامة له."(٣)

والمراد بالشرط في هذا البحث إحداث التزام زائد في العقد لم يكن يدل عليه لولاه. وقد عرَّفه الحموي بأنه:"التزام أمر لم يوجد في أمر قد وجد بصيغة

---

(١) القاموس المحيط للفيروز آبادي ص٨٦٩، معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٢٦٠/٣، المصباح المنير للفيومي ص٤٢١.

(٢) الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة للشيخ زكريا الأنصاري ص٧١.

(٣) المفردات للراغب الأصفهاني ص٢٥٨.

مخصوصة." (١) وعرَّفه البهوتي بأنه:"إلزام أحد المتبايعين الآخر بسبب العقد ما له فيه منفعة." (٢)

ثالثاً : معنى الشرط المقترن بالعقد.

الشرط المقترن بالعقد : هو التزام واقع في العقد حال تكوينه زائد عن أصل مقتضاه الشرعي، سواء أكان هذا العقد ناشئاً بإرادة المتعاقدين: كالبيع، والإجارة، والنكاح، أم بإرادة منفردة: كالهبة والوصية. وهو يضاف إلى صلب العقد عند إنشائه، بحيث يصبح جزءاً من أجزائه التي تم التراضي على أساسها.

وقد عرَّفه الأستاذ مصطفى الزرقا بأنه:"التزام في التصرف القولي لا يستلزمه ذلك التصرف في حالة إطلاقه"وذلك كما لو باع الإنسان بضاعة على شرط أن تكون محمولة على حسابه إلى محل المشتري. فالبائع هنا قد التزم بالشرط في ضمن عقد، ووجب حمل المبيع إلى محل المشتري. وهذا الالتزام لم يكن ليقتضيه البيع المطلق: أي الخالي عن الشرط ؛ لأن البيع المطلق إنما يوجب انتقال الملكية بعوض، ثم إن المالك الجديد هو المكلف بنقل مشتراه على حسابه. (٣)

وعرَّفه الأستاذ فتحي الدريني بأنه: "التزام وارد في التصرف القولي عند تكوينه زائد عن أصل مقتضاه شرعاً." ، وقال في بيان ذلك الشرط بأنه يوجب تكليفاً في تصرف قولي، سواء أكان عقداً بين طرفين من عقود المبادلات المالية، أم غير المالية ، أم كان تصرفاً انفرادياً: كالهبة والوصية. (٤)

رابعاً : خصائص الشرط المقترن بالعقد.

من خلال تعريف الشرط المقترن بالعقد تظهر لنا الخصائص التالية:

---

(١) غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر للحموي(٢/٢٢٥)

(٢) كشاف القناع للبهوتي (٣/١٨٩)

(٣) المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى الزرقا (١/٥٠٦)

(٤) الشروط المقترنة بالعقد ضمن بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي للدريني(٢/٤١٤)

١. أمر زائد عن أصل التصرف:

الشرط المقترن بالعقد أمر زائد عن أصل التصرف أو العقد. كما قال الزركشي: " الشرط ما جزم فيه بالأصل - أي أصل التصرف- وشرط فيه أمراً آخر." (١) فلو قال شخص لآخر: بعتك هذه السيارة بألف دينار إلى سنة على أن تعطيني رهناً أو كفيلاً، فقبل الآخر. فالرهن أو الكفيل التزام زائد عن عقد البيع؛ لأنه ينعقد بدون هذا الشرط. ولا يتوقف وجوده في ذاته على هذا الشرط. وبهذا يختلف الشرط المقترن بالعقد عن الشرط التعليقي؛ لأنه يفيد ربط حصول أمر بحصول أمر آخر.(٢)أو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى(٣)بأداة من أدوات الشرط. ومثال ذلك: أن يقول شخص لآخر: إذا قدم ولدي من السفر فقد بعتك داري بمائة ألف دينار. فهذا شرط تعليقي لا يكون زائداً عن أصل التصرف؛ لأن التصرف لا يكون مع هذا الشرط منعقداً في الحال.

٢. التزام زائد عن مقتضى العقد:

الشرط المقترن بالعقد زائد على آثار العقد أو مقتضاه. فلو قال شخص لآخر: اشتريت منك هذه البضاعة على أن تحملها إلى بلدي. فإن حمل البضاعة إلى بلد المشتري التزام زائد على مقتضى العقد، وهو تسليم البائع البضاعة للمشتري. وهو بذلك يختلف عن الشرط الذي يؤكد مقتضى العقد، والشرط الذي يؤخر آثار العقد إلى زمن معين وهو الذي يسمي بالشرط الإضافي.

وفيما يلي بيان معنى كل من الشرط المؤكد لمقتضى العقد، والشرط الإضافي:

---

(١) المنثور في القواعد للزركشي (١/٣٧٠).

(٢) المدخل الفقهي العام للزرقا (١/٣٠٥)

(٣) الشروط المقترنة بالعقد للدريني (٢/٤١٤).

أ – الشرط المؤكد لمقتضى العقد

الشرط المؤكد لمقتضى العقد مثل: اشتراط تسليم المبيع على البائع، واشتراط تسليم الثمن على المشتري. فهذا يجب بنفس العقد، ولا يحتاج إلى اشتراط، ولا يدخل في الشروط المقترنة بالعقد. لأن العقد إذا تم مستوفياً لأركانه وشروطه المعتبرة شرعاً ترتبت عليه آثاره فوراً دون اشتراط لتلك الآثار. وهذه الآثار تثبت بمطلق العقد بحكم الشرع وليس هناك حاجة لاشتراطها. واشتراطها لا يوجب التزاماً زائداً عن مقتضى العقد. (١)واعتبارها شروطاً من باب المجاز، لا من باب الحقيقة.

ب– الشرط الإضافي

الشرط الإضافي: هو تأخير حكم التصرف القولي المنشأ إلى زمن مستقبل معين. كما لو قال شخص لآخر: أجرتك هذه الدار سنة بألف دينار من أول الشهر القادم. (٢)فهذا شرط إضافي لا يوجب التزاماً زائداً عن مقتضى العقد. وإنما يؤخر سريان آثار العقد إلى زمن مستقبل معلوم.

٣. إنه أمر مستقبل.

الشرط إنما يتعلق بالأمور المستقبلة، أما الماضية، فلا مدخل له فيها(٣).كما لو قال شخص لآخر: بعتك هذه الدار بمائة ألف دينار إلى أجل كذا؛ على أن تعطيني رهناً. فقد اقترن عقد البيع بشرط يلزم أحد العاقدين بأمر يحدث في المستقبل، وهو تقديم الرهن بعد تمام العقد. فالشرط هذا التزام أمر لم يوجد في الماضي أو في الحال. ولذلك لا يدخل اشتراط صفة قائمة بالمعقود عليه وقت

---

(١) نظرية الشرط في الفقه الإسلامي لحسن الشاذلي ص١٧٢

(٢) المدخل الفقهي العام للزرقا ٥٠٧/١.

(٣) المنثور في القواعد للزركشي ٢٣٢/٢.

التعاقد: كاشتراط كون الناقة حاملاً ضمن الشروط المقترنة بالعقد حقيقة، وإنما تعد شرطاً مجازاً.

٤. إنه أمر محتمل الوقوع.

يصرح الفقهاء بأنه يلزم أن يكون الشرط مقدوراً على القيام به: أي ممكن الوقوع في المستقبل؛ لأن الشرط إذا كان مستحيل الوقوع كان اشتراطه دليلاً على عدم الرغبة في إتمام التصرف(١).

٥. إنه واقع في حال العقد.

الشرط المقترن بالعقد هو الذي يقع حال العقد، ويضاف إلى صلبه وصيغته عند إنشائه. فلا يدخل في الشرط المقترن بالعقد ما كان قبله، ولو تضمن التزاماً، ويعد من قبيل الوعد. وكذلك الشرط اللاحق للعقد لا يدخل في الشرط المقترن بالعقد بعد إنشائه ولزومه فهو لغو(٢).

---

(١) نظرية الشرط في الفقه الإسلامي للشاذلي ص٥٦.

(٢) المجموع للنووي ٣٦٩/٩.

المبحث الثاني

ضوابط الشروط الصحيحة والباطلة (غير الصحيحة)

تعرض الفقهاء إلى مسألة الشروط في العقود من حيث صحة اقترانها بالعقد وعدم الصحة وضوابط ذلك. وكانوا بين مضيق وموسع. ورأيت في هذا المبحث أن لا التزم بالترتيب التاريخي في عرض مذاهب الفقهاء، وإنما أعرض لاجتهادات المذاهب الفقهية بحسب التضييق والتوسيع في دائرة الشروط المقترنة بالعقد، فأبدأ بالظاهرية، ثم الشافعية، ثم الحنفية، ثم المالكية، ثم الحنابلة، وأنهى بالمتأخرين من الحنابلة والمالكية.

أولاً : موقف الظاهرية من الشروط المقترنة بالعقد

يرى الظاهرية أن الأصل في الشروط الحظر، فلا يجوز تقييد العقد بشرط من الشروط إلا إذا نصَّ الشرع على جوازه، أو قام الإجماع على الجواز. وقد حددوا الشروط الصحيحة في سبعة شروط(١)وهي:

١. اشتراط الرهن في بيع الأجل لقوله تعالى:" وَإِن كُنتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُواْ كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ. "(البقرة/٢٨٣)
٢. اشتراط تأخير الثمن إلى أجل مسمى لقوله تعالى:" يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ."(البقرة/٢٨٢).
٣. اشتراط أداء الثمن إلى الميسرة لقوله تعالى:" وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ."(البقرة/٢٨٠).

---

(١) المحلى لابن حزم ٤٠٣/٩، الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم ٧٧٥/٥.

٤. اشتراط صفة في المبيع بتراضي العاقدين، ويتم العقد على أساس تلك الصفة لقوله تعالى:﴿إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ. ﴾(النساء/٢٩).

٥. اشتراط خيار الشرط لقوله صلى الله عليه وسلم لحبان بن منقذ الذي كان يغبن في البيوع:"إذا تبايعت فقل لا خلابة، ولي الخيار ثلاثة أيام(١).

٦. اشتراط المشتري أخذ مال العبد المباع أو بعضه من البائع لقوله صلى الله عليه وسلم:"من ابتاع عبداً، وله مال، فما له للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع". (٢)

٧. اشتراط المشتري أخذ ثمر النخل المؤبر (الملقح) لأن ثمرتها للبائع لقوله صلى الله عليه وسلم:"من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع، إلا أن يشترط المبتاع." (٣)

ويمكن إضافة شرط ثامن، وهو الشرط الذي يقتضيه العقد:كشرط تسليم المبيع على البائع، وشرط تسليم الثمن على المشتري، فإن ما اقتضاه العقد ثبت بالشرع.

* أدلة الظاهرية على أن الأصل في الشروط الحظر.

استدل الظاهرية على أن الأصل في الشروط الحظر بالأدلة التالية:

١. قوله تعالى:﴿ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ.﴾(المائدة/٣) وقوله تعالى:﴿ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللّهِ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ.﴾(البقرة/٢٢٩)وقوله تعالى:﴿وَمَن يَعْصِ اللّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا.﴾(النساء/١٤).

---

(١) صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب من يخدع في البيع ١١٦٥/٣، وسنن الترمذي، كتاب البيوع، باب فيمن يخدع في البيع ٥٥٢/٣ .

(٢) صحيح البخاري، كتاب المساقاه، باب يكون له ممراً وشرب ٨١/٣ .

(٣) صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب من باع نخلاً عليها ثمر ١١٧٢/٣ .

قال ابن حزم في توجيه ذلك:"هذه الآيات براهين قاطعة في إبطال كل عهد وعقد ووعد وكل شرط ليس في كتاب الله الأمر به أو النص عليه إباحة عقده، لأن العقود والعهود والأوعاد شروط. واسم الشرط يقع على جميع ذلك، فيقال لمن أوجب الوفاء بعقد أو عهد أو شرط ليس في نص القرآن أو السنة الثابتة إيجاب عقد وانفاذه." (١)

٢. روى البخاري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها أخبرته أن بريرة جاءتها تستعينها في كتابتها(٢)، ولم تكن قضت من كتابتها شيئاً. قالت لها عائشة: ارجعي إلى أهلك، فإن أحبوا أن أقضي عنك كتابتك، ويكون ولاؤك(٣)لي فعلت، فذكرت ذلك بريرة لأهلها، فأبوا وقالوا: إن شاءت تحتسب عليك(٤) فلتفعل، ويكون ولاؤك لنا. فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم:"ابتاعي فاعتقي فإنما الولاء لمن اعتق." قال ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:"ما بال أناس يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله؟ من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له، وإن شرط مائة شرط، شرط الله أحق وأوثق." (٥)

إن بريرة بنت صفوان كانت أمة لناس من بني هلال من الأنصار، وكانت تخدم عائشة رضي الله عنها، فكاتبت أهلها على عتقها، فعجزت عن دفع الأقساط، فجاءت إلى عائشة تطلب منها الإعانة على ذلك؛ فطلبت منها أن تخبر أهلها على أن تعتقها ويكون لها الولاء، فلم يقبل بنو هلال أن يكون الولاء لعائشة(٦).فأخبرت النبي صلى الله عليه وسلم بذلك؛ فقال كلمته:"ما بال أناس يشترطون شروطاً ليست في كتاب

---

(١) الإحكام في أصول الأحكام ٧٨٢/٥.

(٢) الكتابة: عقد بين السيد وعبده على مال يؤديه العبد لسيده على أقساط فإذا أداها فهو حر .

(٣) الولاء: رابطة بسبب العتق تنشأ بين العبد المعتق ومن اعتقه كرابطة النسب.

(٤) الاحتساب: التبرع بالتصرف واحتساب الأجر عند الله تعالى.

(٥) صحيح البخاري، كتاب المكاتب،باب المكاتب ونجومه ١٢٦/٣، وكتاب الشروط، باب الشروط في الولاء ٣/ ١٧٧.

(٦) فتح الباري، لابن حجر ١٨٨/٥.

الله؟ من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له، وإن شرط مائة شرط، شرط الله أحق وأوثق."

وقد استدل ابن حزم بهذه الكلمة على أن الشروط كلها باطلة، إلا ما كان في كتاب الله، أو ورد في القرآن أو السنة الصحيحة. قال في الإحكام[1] :"فلما قام البرهان بكل ما ذكرنا وجب أن كل عقد أو شرط أو عهد أو نذر التزمه المرء، فإنه ساقط مردود، ولا يلزمه منه شيء إلا يأتي نص أو إجماع على ذلك الشيء الذي التزمه بعينه واسمه لازم له. فإن جاء نص أو إجماع بذلك لزمه وإلا فلا." والأصل براءة الذمم من لزوم جميع الأشياء إلا ما ألزمنا إياه نص أو إجماع، فإن حكم حاكم بخلاف ما قلنا فسخ حكمه، ورد بأمر النبي صلى الله عليه وسلم إذ يقول:"من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد." [2]

ويستدل ابن حزم بالحديث من جهة ثانية أن اشتراط البائع الولاء لنفسه كان مباحاً غير منهي عنه، ثم نسخ الله عز وجل ذلك وأبطله إذ خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك - يقصد قول النبي لعائشة رضي الله عنها: ودعيهم يشترطون ما شاءوا أي كان مباحاً- فحينئذ حرَّم أن يشترط هذا الشرط أو غيره جملة إلا شرطاً في كتاب الله تعالى[3].

٣. ما روى عبد الرزاق عن ابن جريج قال: قال عطاء:"كل بيع فيه شرط فليس بيعاً." [4]

٤. وقال ابن حزم: لا يخلو كل شرط اشترط في بيع أو غيره من أحد ثلاثة أوجه لا رابع لها: إما إباحة مال لم يجب في العقد، وإما إيجاب عمل، وإما المنع من

---

[1] الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم ٨١٥/٥.
[2] صحيح مسلم، كتاب الأقضية، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور ١٣٤٤/٣.
[3] المحلى لابن حزم ٤١٢/٩
[4] المصنف لعبد الرزاق ٥٨/٨

عمل. والعمل يكون بالبشرة أو المال فقط وكل ذلك حرام بالنص. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:"إن دماءكم وأموالكم وأبشاركم عليكم حرام." (١) وأما المنع من العمل فإن الله تعالى يقول:" لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ."(التحريم/١) فصح بطلان كل شرط جملة إلا شرطاً جاء النص من القرآن أو السنة بإباحته. (٢)

وبهذا يتبين أن ضابط الشرط الباطل عند الظاهرية هو كل شرط لم يرد فيه نص من قرآن أو سنة أو إجماع. وهذا يتفق مع مذهبهم الذي يقف في مصادر الأحكام الشرعية عند الإجماع، ولا يتعداه إلى الرأي والقياس والاستحسان والمصالح المرسلة، فقد أنكروا أصل الرأي والتعليل.

ثانياً : موقف الشافعية من الشروط المقترنة بالعقد.

يتفق الشافعية(٣)مع الظاهرية في أن الأصل في الشروط الحظر. واستدلوا لذلك الأصل بما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم:"نهى عن بيع وشرط." (٤)غير أنهم وسعوا دائرة الشروط الصحيحة وأضافوا إلى ما يستثنى من ذلك الأصل أمرين وهما:

الأمر الأول: اشتراط ما يكون ملائماً لمقتضى العقد، وموثقاً له، ومحققاً لمصلحته. وعللوا ذلك بأن هذا الشرط مما تدعو إليه الحاجة، وهو من مصلحة العقد والعاقد، ولا معارض له من جهة الشرع. واستندوا في تصحيح هذا الشرط إلى القياس الذي يعتبرونه مصدراً شرعياً من مصادر الأحكام. ومن الأمثلة على هذا الشرط: اشتراط الرهن والكفيل والشهادة.

الأمر الثاني: اشتراط ما يتضمن معنى من معاني البر.

---

(١) صحيح البخاري، كتاب الفتن، باب لا ترجعوا بعدي كفاراً ٩١/٨.

(٢) المحلى لابن حزم ٤٠٨/٩-٤٠٩.

(٣) انظر: المهذب للشيرازي ٢٧٥/١، روضة الطالبين للنووي ٤٠٣/٣، المجموع للنووي ٣٥٨/٩، المنثور في القواعد للزركشي ٢٣٤/٢، مغنى المحتاج للشربيني ٣١/٢، نهاية المحتاج للرملي ٤٥٠/٣.

(٤) مجمع الزوائد للهيثمي، كتاب البيوع، باب ما جاء في الصفقتين في صفقة أو الشرط في البيع ٨٥/٤

فإذا اشترط البائع على المشترى شرطاً يتضمن معنى من معاني البر: كعتق العبد الذي يشتريه.

فالصحيح المشهور الذي نصَّ عليه الإمام الشافعي، وقطع به أصحابه أن الشرط صحيح يلزم الوفاء به. (١)واحتجوا لذلك بحديث بريرة السابق. (٢) أن عائشة رضي الله عنها اشترت بريرة، وشرط أهلها أن تعتقها، ويكون ولاؤها لهم، فأنكر النبي صلى الله عليه وسلم على أهلها شرط الولاء وأقر شرط العتق، ولأن الشارع يتشوف إلى العتق وعمل الخير وتفتح له الأبواب. ويرى الرملي أن في هذا منفعة للمشتري في الدنيا بالولاء، وفي الآخرة بالثواب، وللبائع بالتسبب فيه. (٣)

والقول الثاني في هذه المسألة: يصح البيع ويفسد الشرط فلا يلزمه عتقه.

والقول الثالث: يبطل الشرط والبيع جميعاً كغيره من الشروط.

والمذهب صحة هذا الشرط واعتباره لما ذكرنا من أدلة.

وبناء على ما سبق فإن ضابط الشروط الباطلة هو الشرط الذي يخالف الشرع أو الذي ينافي مقتضى العقد ولا يكون ملائماً لمقتضاه، ولا يتضمن معنى من معاني البر. ويدخل تحت ذلك:

١. الشرط الذي يؤدي إلى محظور شرعي أو يخالف الشرع إذا اشترط البائع على المشتري ارتكاب أمر غير مشروع، كما لو اشترط عليه أن يجعل في الإناء الذي باعه شراباً محرماً، أو اشترط عليه أن يقطع الطريق بالسيف أو غير ذلك، فإن هذا الشرط غير صحيح. (٤)وكذلك لا يصح الشرط الذي ينطوي على غرر وجهالة.

---

(١) مغني المحتاج للشربيني ٣٥/٢، المجموع للنووي ٣٥٩/٩

(٢) مر تخريج الحديث عند أدلة الظاهرية

(٣) نهاية المحتاج للرملي ٤٥٦/٣.

(٤) المرجع السابق.

٢. **الشرط الذي يؤدي إلى لزوم ما لا يلزم شرعاً مثل: ما لو باعه جملاً على أن ينفق عليه مائة دينار في الشهر، أو باعه على أن يصلى كل يوم عشر ركعات نافلة.** (١)

٣. **الشرط الذي ينافي مقتضى العقد: كالمنع من الانتفاع بمحل العقد كلياً أو جزئياً، أو وجوب عمل أو تصرف يتعلق بمحل العقد أو بغيره مما لا يقتضيه العقد. وفيما يلي تفصيل ذلك:**

أ- **اشتراط ما يؤدي إلى المنع من الانتفاع بمحل العقد كلياً أو جزئياً: كما لو اشترط البائع على المشتري ألا ينتفع بمحل العقد، أو أن لا يسلم المحل إليه حتى يستوفي الثمن، وكان الثمن مؤجلاً، أو شرطت الزوجة على الزوج ألا تسلم نفسها إليه أو ألا يطأها، أو باع داراً واشترط سكناها مدة معينة، أو اشترط البائع على المشتري ألا يبيع الدار أو يهبها أو يؤجرها.** (٢)

ب- **اشتراط أحد العاقدين على الآخر أن يؤدي إلى الأول عملاً أو تصرفاً لشخص يحدده الأول. كما لو اشترى قماشاً، واشترط على البائع أن يخيطه له، أو اشترى سيارة بشرط أن يبنى البائع كراجاً لها. أو باعة سيارة بشرط أن يبيعها للبائع. أو باع عبداً على أن يعتقه عن البائع أو عن أجنبي عن العقد(٣).**

ثالثاً : موقف الحنفية من الشروط المقترنة بالعقد .

يتفق الحنفية(٤) مع الظاهرية والشافعية في أن الأصل في الشروط الحظر، ويتفقون مع الشافعية في استثناء الشرط الملائم لمقتضى العقد، غير أنهم يختلفون

---

(١) المرجع السابق.

(٢) مغني المحتاج ٣١/٢، نهاية المحتاج للرملي ٤٥٠/٣.

(٣) المرجعان السابقان.

(٤) فتح القدير للكمال بن الهمام ٤٤٥/٦، حاشية ابن عابدين ٥٩١/٥، بدائع الصنائع للكاساني ١٦٨/٥.

معهم في توجيه ذلك التصحيح. فإذا كان الشافعية يستندون في توجيهه إلى القياس والمصلحة، فإن الحنفية يصححونه على أساس الاستحسان. فالأصل في الشرط الملائم للعقد: كالرهن والكفالة والحوالة في البيع يخالف مقتضى العقد، لكن الحنفية استحسنوا تقييد العقد بهذا الشرط توثيقاً للثمن، فهي توجب تأكيد ما وجب بالعقد، وهو الثمن وتسليمه، فكان اشتراطها في العقد توكيداً وتوثيقاً لمقتضى العقد، فألحق الشرط الملائم بالشرط الذي يقتضيه العقد لاتحاد المعنى فيها(١).وقد أدى هذا إلى توسيع دائرة الشروط الصحيحة. ومما زاد الدائرة اتساعاً أن الحنفية صححوا الشرط التي جرى التعامل عليه بين الناس، ولو كان مما لا يقتضيه العقد، ولا يلائم مقتضاه، فيصح الشرط في هذه الحالة استحساناً بالعرف. ووجه الاستحسان: أن الناس قد تعارفوا هذا النوع من الشروط، وتعاملوا به، فيجوز استحساناً للتعامل به، والتعامل قاض على القياس؛ لأن التعامل إجماع فعلي، والثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي. والعرف يترك به القياس، ويخص به الأثر، ولأن العرف ينفي النزاع. قال ابن عابدين:"فقد جعل الشرط المتعارف كالشرط الثابت تصحيحه شرعاً. وعلل المسألة في الذخيرة بقوله: لأن التعارف والتعامل حجة يترك به القياس ويخص به الأثر." (٢) وقد ذكر ابن عابدين عدة أمثلة على الشرط المتعارف، منها شرط حذو النعل على البائع، وبيع المظروف فهو شائع مستفيض، وكثيراً ما يكون فيه ضرورة، فإن كثيراً من المبيعات المظروفة لا يمكن إخراجها من ظرفها، بل تباع معه ويطرح للظرف مقدار معلوم بين التجار، أو بين المتعاقدين لا يحصل فيه تفاوت كثير، ولا يؤدي إلى منازعة إلا نادراً والنادر لا حكم له(٣).

---

(١) فتح القدير للكمال بن الهمام ٦/٤٤٦.
(٢) نشر العرف في بناء الأحكام على العرف لابن عابدين ضمن مجموعة رسائله ٢/١٣٩.
(٣) المرجع السابق .

بهذا يتبين أن الحنفية بإقرارهم العرف في تصحيح الشروط قد فتحوا باباً واسعاً لتصحيح الشروط التي تعارفها الناس في كل زمان ومكان، ما دامت تلك الشروط لا تتعارض مع الشريعة الإسلامية، وتحقق منافع للناس. ففي وقتنا الحاضر يمكن تصحيح شرط إصلاح المبيع على البائع مدة سنة: كالساعة والسيارة والمذياع والتلفزيون والحاسوب وغير ذلك من الأجهزة.

وأما الشروط الباطلة فالضابط فيها أن تؤدي إلى ما هو محظور شرعاً، أو أن تكون مما لا يقتضيها العقد، ولا ملائمة لمقتضاه، ولا مما تعارف الناس التعامل بها. ويدخل تحت ذلك:

١. الشرط الذي يؤدي إلى محظور شرعي أو يخالف الشرع: كالشرط الذي يؤدي إلى مفسدة الربا، أو الغرر أو المنازعة(١).

٢. الشرط الذي يحقق منفعة لأحد العاقدين، أو للمعقود عليه، أو لأجنبي، وهي مما لا يقتضيها العقد، ولا تلائم مقتضاه، ولم تكن مما تعارف الناس على التعامل بها. وقد مثل الحنفية لهذا النوع من الشروط بعدة أمثلة منها: أن يقول المشتري للبائع: اشتريت منك هذه المزرعة بخمسة آلاف دينار على أن تقرض فلاناً ثلاثة آلاف دينار أو على أن تعمل له كذا. ومثل أن يقول البائع: بعتك هذه الدار على أن أسكنها سنة. أو أن يقول: بعتك هذا الكتاب على أن تقرضني عشرة دنانير. أو أن يقول المشتري: اشتريت منك هذا الثوب على أن تخيطه لي. أو باع عبداً واشترط على المشتري عتقه. أو باع دابة واشترط على المشتري ألا يبيعها أو ألا يهبها. (٢)

وقد استدل الحنفية لعدم صحة هذه المجموعة من الشروط بالأدلة التالية:

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني(١٦٩/٥).

(٢) انظر: بدائع الصنائع ١٦٩/٥ وما بعدها، المبسوط للسرخسي ١٥/١٣، حاشية ابن عابدين ٥٩١/٥، الفتاوى الهندية ١٠٣/٣.

أ- ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه:"نهى عن بيع وشرط." (١)

ب- وما روى أنه عليه الصلاة والسلام:"نهى عن بيع وسلف." (٢)

ج - وروى عن ابن مسعود قال:"نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة." (٣)

د- ولأن هذه الشروط لا يقتضيها العقد، ويترتب عليها نزاع فلا تصح(٤).

هـ- ولأن اشتراط ما فيه منفعة لأحد العاقدين في عقود المعاوضات المالية يتضمن شبهة الربا؛ لأن تلك المنفعة زيادة مشروطة بلا عوض، وهو تفسير الربا فلا تصح هذه الشروط(٥).

رابعاً: موقف المالكية من الشروط المقترنة بالعقد.

يتفق المالكية مع الظاهرية والشافعية والحنفية في أن الأصل في الشروط الحظر. غير أنهم لم يشترطوا في الشرط الصحيح أن يكون من مقتضى العقد، وإنما قرروا أمراً مغايراً، وهو: تصحيح كل شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين شريطة أن لا يكون مناقضاً لمقتضى العقد، وأن لا يؤدي إلى الغرر الكبير الفاحش في الثمن أو المثمون، وأن لا يتضمن الجهالة الفاحشة التي تؤدي إلى النزاع، فيصح اشتراط الأجل والرهن والكفالة، وبيع الدار واستثناء سكناها مدة يسيرة وغير ذلك مما لا

---

(١) سبق تخريجه عند موقف الشافعية.

(٢) سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب كراهية بيع ما ليس عندك ٥٣٥/٣. وقال حسن صحيح

(٣) مسند الإمام أحمد ٣٩٨/١

(٤) بدائع الصنائع ١٦٩/٥.

(٥) تبيين الحقائق للزيلعي ٥٧/٤

يقتضيها العقد إذا لم يتناقض مع مقتضى العقد[1]. وقد استوعب هذا الأمر جميع الاستثناءات التي قررها الفقهاء الآخرون من ظاهرية وشافعية وحنفية وزاد عليها في تصحيح الشروط. وفيما يلي بيان لبعض الاستثناءات:

1. **اتفق المالكية مع الشافعية والحنفية في استثناء الشرط الملائم لمقتضى العقد، لكنهم اختلفوا مع الحنفية في الأصل الذي يستند إليه تصحيح الشرط، فإذا كان الحنفية قد صححوه استحساناً، فإن المالكية صححوه قياساً كالشافعية؛ وذلك لأنهم لا يشترطون في الشرط الصحيح أن يكون من مقتضى العقد.**
2. **واتفق المالكية مع الحنفية في استثناء الشرط المتعارف، لكنهم اختلفوا معهم في أصل تصحيح هذا الشرط، فإذا كان الحنفية يصححون الشرط المتعارف استحساناً بالعرف، فإن المالكية يصححونه من باب أولى؛ لأن الشرط المتعارف أولى بالتصحيح من الشرط الذي لم يتعارف الناس عليه، فهم يصححونه إذا لم يناقض مقتضى العقد.**
3. **واتفق المالكية مع الشافعية في تصحيح الشرط الذي يتضمن معنى من معاني الخير عملاً بقاعدة:"المصلحة المرسلة".**

والواقع إن اتساع دائرة الاستثناءات جعل مبدأ:"الأصل في الشروط الحظر" محدود الأثر عملاً، فآل الأمر في التطبيق إلى أن يكون الأصل في الشروط الإباحة والمنع استثناء.

ويستند هذا الاتساع في دائرة الاستثناءات إلى قاعدة أصيلة في المذهب المالكي وهي:"المصالح المرسلة" التي تفتح الباب واسعاً أمام تصحيح الشروط المقترنة بالعقد، فتصحح كل ما يقتضيه التعامل مهما تطور الزمن. كما يستند هذا الاتساع إلى حديث جابر: أنه كان يسير على جمل له قد أعيا، فمرَّ النبي صلى الله عليه وسلم فضربه، فدعا له فسار يسير ليس يسير مثله، ثم قال: «بعنيه بوقية. قال: لا. ثم قال: بعنيه بوقية فبعته، واستثنيت حملانه إلى أهلي، فلما قدمنا المدينة أتيته

---

[1] المقدمات لابن رشد ص٥٤٤، تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب ص٣٣٩، حاشية الدسوقي ٦٥/٣، مواهب الجليل للحطاب ٣٧٢/٤

بالجمل ونقدني ثمنه، ثم انصرفت فأرسل على أثري. قال: ما كنت لآخذ جملك فخذ جملك»(١). فهو يدل على جواز اشتراط منفعة معلومة في المبيع للبائع، ولكن مالك قصر صحة هذا الشرط على الزمن اليسير دون الكثير.وهو بذلك جمع بين النصوص الواردة في الشروط مثل: حديث بريرة، وحديث:"نهى عن بيع وشرط." كما قال ابن رشد:"عرف مالك الأحاديث الثلاثة، واستعملها في مواضعها." (٢)

وأما الشروط الصحيحة في النكاح فهي على قسمين:

القسم الأول: ما يقتضيه العقد: كشرط أن ينفق على الزوجة أو يكسوها أو يبيت عندها.

القسم الثاني: ما لا يقتضيه العقد ولا ينافيه، وللزوجة فيه غرض: كشرطها أن لا يتزوج عليها، أو أن يخرجها من بلدها، أو أن لا يغيب عنها. فإن اشترطت الزوجة شيئاً من ذلك، فإما أن يكون معلقاً بطلاق أو عتق أو تمليك، وإما أن يكون مطلقاً عن التعليق بطلاق أو عتق أو تمليك.

١. فإن علق بطلاق: كقوله: إن تزوجت عليها فهي طالق، أو علق بعتق: كقوله إن تسريت، عليها فالسرية حرة، أو علق بملك كقوله:إن تزوجت عليها فأمرها بيدها أو بيد أبيها. فهو شرط صحيح لازم، سواء كانت أسقطت من صداقها لذلك شيئاً أم لم تسقط ، وسواء شرطت ذلك في عقد النكاح أو تطوع به الزوج، فإن فعل شيئاً من ذلك لزمه ما شرط، ولا ترجع عليه بما أسقطته من صداقها لذلك؛ لأن مقصودها قد حصل.

---

(١) صحيح البخاري، كتاب الشروط، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز، ١٧٤/٣.

(٢) المقدمات لابن رشد ص٥٤٤

٢. وإن لم يعلق الشرط بطلاق ولا عتق ولا تمليك فالشرط مكروه، ولا يلزم الوفاء به، ويستحق له الوفاء بذلك، وسواء وضعت لذلك شيئاً من صداقها أم لا، ولا رجوع لها عليه بما وضعته إلا أن تكون شرطت عليه هذه الشروط بعد العقد ووضعت عنه لأجل ذلك بعض صداقها، فإنه إن خالف رجعت عليه بما وضعته. (١)

أما ضابط الشرط الباطل عند المالكية فهو الشرط الذي يؤول إلى الإخلال بشرط من الشروط المشترطة في صحة العقد: كالشرط الذي يؤدي إلى جهل، أو غرر في العقد، أو في الثمن أو المثمون، أو الوقوع في المحظور كالربا. والشرط الذي يكون مناقضاً لمقتضى العقد: كما إذا اشترط على المشترى ألا يتصرف في المبيع، أو اشترط الزوج ألا ينفق على زوجته أو ألا ترثه؛ لأنه لا يتم معه مقصود العقد. (٢)

وقد ركز المالكية على الشرط الذي يخل بالثمن ومثلوا له ببيع وسلف:أي بيع يتضمن قرضاً، وبيع الثنيا، وصورته: أن يبتاع سلعة على أن البائع متى ما رد الثمن فالسلعة له. وهو الذي يسمى ببيع الوفاء عند بعض الفقهاء. وسبب عدم صحة هذا الشرط أنه اشترط لمصلحة البائع أو المشتري، وقد روعي فيه نقص الثمن بقدر غير معلوم إذا كان لمصلحة البائع كما في بيع الثنيا، أو زيادة الثمن بقدر غير معلوم إذا كان الشرط لمصلحة المشتري، كما في بيع وقرض للمشتري من البائع. وفي الحالتين تلحق الجهالة بالثمن. كما يقول الخرشي:"يعود جهله في الثمن إما بزيادة إن كان الشرط من المشتري، أو بنقص إن كان من البائع. "(٣)

---

(١) تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب ص ٣٣١- ٣٣٤

(٢) مواهب الجليل للحطاب ٣٧٢/٤

(٣) حاشية الخرشي ٨١/٥.

خامساً : موقف الحنابلة من الشروط المقترنة بالعقد.

يخالف الحنابلة(١) الفقهاء السابقين في الأصل في الشروط المقترنة بالعقد، فيرون أن الأصل في الشروط الإباحة، وليس الحظر، ولا يحرم منها إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً وقياساً. فالشرط غير الصحيح يعتبر استثناء عندهم. ومن الشروط المستثناة من الأصل:

١. اشتراط ما دل الشرع على تحريمه: كالربا.
٢. اشتراط ما يناقض مقتضى العقد.
٣. اشتراط عقد في عقد: كان يستأجر داره بشرط أن يقرضه ألف دينار، لنهى – صلى الله عليه وسلم– النبي عن صفقتين في صفقة،(٢) ونهيه – صلى الله عليه وسلم– عن سلف وبيع(٣).
٤. أن يجمع بين شرطين في عقد، ولو كانا صحيحين إذا كانا لا يقتضيهما العقد، ولا يلائمانه مثل: ما إذا اشترى حزمة حطب، واشترط على البائع حملها وتكسيرها. واستدلوا بحديث: النهى عن شرطين في بيع(٤).

وبهذا كان المذهب الحنبلي أكثر المذاهب الفقهية توسيعاً لدائرة الشروط الصحيحة، فهو يصحح كل ما صححته المذاهب السابقة من الشروط التي تلائم مقتضى العقد، والشروط التي تتضمن معنى من معاني البر، والشروط التي تعارفها الناس، والشرط الذي تضمن منفعة معقولة لأحد العاقدين، كما هو مذهب المالكية:

---

(١) المحرر في الفقه لمجد الدين ابن تيمية ٣١٣/١، المذهب الأحمد في مذهب الإمام أحمد لابن الجوزي ص٧٨، الكافي لابن قدامة ٣٤/٢، القواعد الكلية والضوابط الفقهية لابن عبد الهادي ص٦٩، كشاف القناع للبهوتي، ٣/ ١٨٩

(٢) مسند أحمد ٣٩٨/١

(٣) سبق تخريجه عند موقف الحنفية

(٤) سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب كراهية بيع ما ليس عندك ٥٣٥/٣. وقال: حسن صحيح.

كبيع الدار واستثناء سكناها مدة يسيرة إلا أن الحنابلة أطلقوا المدة، ولم يحددوها باليسيرة كما حددها المالكية، واكتفوا بأن تكون معلومة؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا إلا أن تعلم. (١)

ويخالف المذهب الحنبلي المذهب المالكي في الشروط المقترنة بعقد الزواج. فإذا كان المذهب المالكي يستحب الوفاء بالشرط الذي يتضمن منفعة مقصودة لأحد الزوجين إذا كان غير معلق على طلاق ولا عتق ولا تمليك، ولا يتعارض مع الشرع ولا مقتضى العقد. فإن المذهب الحنبلي يوجب الوفاء بهذا الشرط؛ لقوله صلى الله عليه وسلم:"إن أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج." (٢) **ولأن رجلاً تزوج امرأة وشرط لها دارها، ثم أراد نقلها، فخاصموه إلى عمر. فقال: لها شرطها، وقال:"مقاطع الحقوق عند الشروط."** (٣)

سادساً: موقف متأخري الحنابلة والمالكية:

يتفق شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم الحنبليان و الشاطبي المالكي مع الحنابلة في أن الأصل في الشروط الإباحة، غير أنهم يقتصرون في التحريم على أمرين وهما:

1. **اشتراط ما يناقض مقصود الشارع في الأحكام، فلا يجوز أن يتضمن الشرط ما هو حرام: كالربا.**
2. **اشتراط ما يناقض مقتضى العقد، ومقصد الشارع منه، فلا يجوز أن يتضمن الشرط ما يمنع المشتري من التصرف في المبيع.**

وفيما يلي بعض نصوصهم التي تقرر الأصل في الشروط:

قال ابن تيمية (٧٢٨هـ):"الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه، وإبطاله نصاً أو قياساً عند من

---

(١) سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب النهى عن الثنيا ٥٨٥/٣. وقال: حسن صحيح

(٢) صحيح البخاري، كتاب الشروط، باب الشروط في المهر ١٧٥/٣

(٣) صحيح البخاري، كتاب الشروط، باب الشروط في المهر ١٧٥/٣.

يقول به. ونصوص أحمد المنصوصة عنه أكثرها يجرى على هذا القول. ومالك قريب منه... وهذا القول هو الصحيح بدلالة الكتاب والسنة و الإجماع والاعتبار مع الاستصحاب وعدم الدليل المنافي." (١)

وقال ابن القيم (٧٥١هـ):"إن الأصل في العقود والشروط الصحة إلا ما أبطله الشارع أو نهى عنه، وهذا هو الصحيح، فإن الحكم ببطلانها حكم بالتحريم والتأثيم، ومعلوم أن لا حرام إلا ما حرمه الله ورسوله، ولا تأثيم إلا ما أثم الله ورسوله به فاعله، كما أنه لا واجب إلا إلا ما أوجبه الله، ولا حرام إلا ما حرمه الله، ولا دين إلا ما شرعة الله. فالأصل في العبادات البطلان حتى يقوم دليل على الأمر، والأصل في العقود والمعاملات الصحة حتى يقوم دليل على البطلان. والفرق بينهما أن الله سبحانه لا يعبد إلا بما شرعه الله على ألسنة رسله، فإن العبادة حقه على عباده، وحقه الذي أحقه هو ورضي به وشرعه، وأما العقود والشروط والمعاملات، فهي عفو حتى يحرمها." (٢)

وقال الشاطبي (٧٩٠هـ):"ما كان من العاديات يكتفي فيها بعدم المنافاة؛ لأن الأصل فيها الالتفات إلى المعاني دون التعبد، والأصل فيها الإذن حتى يدل الدليل على خلافه." (٣)

ويستدل ابن تيمية ومن معه لما ذهبوا إليه بالأدلة التالية:

١- قوله تعالى:﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ.﴾(المائدة/١) وقوله تعالى:﴿ وَبِعَهْدِ اللّهِ أَوْفُواْ.﴾(الأنعام/١٥٢) فقد أمر الله تعالى المؤمنين بالوفاء

---

(١) العقود النورانية الفقهية لابن تيمية ص١٨٨، مجموع الفتاوى لابن تيمية ١٣٢/٢٩، نظرية العقد لابن تيمية ص١٣

(٢) إعلام الموقعين لابن القيم ٣٤٤/١

(٣) الموافقات للشاطبي ٢٨٥/١.

بالعقود وهذا عام.(١)قال الحسن البصري:"يعنى ذلك عقود الدِّين، وهي ما عقده المرء على نفسه: من بيع وشراء وإجارة وكراء ومناكحة وطلاق ومزارعة ومصالحة وتمليك وتخيير وعتق وتدبير وغير ذلك من الأمور ما كان ذلك غير خارج عن الشريعة، وكذلك ما عقده على نفسه لله تعالى: من الطاعات: كالحج والصيام والاعتكاف والنذر، وما أشبه ذلك من طاعات ملة الإسلام." (٢)

٢. عن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:"الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرَّم حلالاً، أو أحل حراماً. والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً." (٣) فالناس على شروطهم ما وافق الحق. (٤)

٣. الأحاديث التي وردت في النهي عن الغدر، فكل من شرط شرطاً، ثم نقضه فقد غدر. ومنها:

أ- عن عبد الله بن عمرو أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:"أربع من كن فيه كان منافقاً خالصاً، ومن كانت فيه خَصْلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها: إذا ائتمن خان، وإذا حدث كذب، وإذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر." (٥)

ب- وعن عبد الله بن عمر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:"إن الغادر ينصب الله له لواء يوم القيامة، فيقال: ألا هذه غدره فلان." وفي رواية عن أبي سعيد الخدري عن النبي صلى الله عليه وسلم:"لكل غادر لواء عند إسته(٦)يوم القيامة." (٧)

---

(١) القواعد النورانية لابن تيمية ص١٩٢

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣٢/٦.

(٣) سنن الترمذي، كتاب الأحكام، باب الصلح بين المسلمين ٦٣٥/٣. وقال: حسن صحيح

(٤) القواعد النورانية لابن تيمية ص١٩٨

(٥) صحيح البخاري، كتاب الإيمان، باب علامات المنافق ١٤/١

(٦) عند إسته: أي خلف ظهره

(٧) صحيح مسلم، كتاب الجهاد، باب تحريم الغدر ١٣٦٠/٣

جـ- عن أبي هريرة - رضي الله عنه- عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة : رجل أعطى بي ثم غدر ، ورجل باع حراً فأكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيراً، فاستوفى منه ولم يعطه أجره." (١)

٤. وقد استدل بأدلة عقلية كثيرة منها:

أ- أن العقود والشروط من باب الأفعال العادية، والأصل فيها عدم التحريم، فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل ذلك على التحريم، كما أن الأعيان الأصل فيها عدم التحريم وقوله تعالى:" وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ." (الأنعام/١١٩) عام في الأعيان والأفعال، وإذا لم يكن حراماً لم تكن فاسدة وكانت صحيحة(٢).

ب- إن الأصل في العقود رضا المتعاقدين وموجبها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد؛ لأن الله قال في كتابه العزيز:"إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ."(النساء/٢٩) وقال تعالى:"فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا."(النساء/٤) فعلق جواز الأكل بطيب النفس تعليق الجزاء بشرطه، فدل على أنه سبب له، وهو حكم معلق على وصف مشتق مناسب، فدل على أن ذلك الوصف سبب لذلك الحكم، وإذا كان طيب النفس هو المبيح لأكل الصداق، فكذلك سائر التبرعات قياساً عليه بالعلة المنصوصة التي دل عليها القرآن، وكذلك قوله تعالى:﴿ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ.﴾(النساء/ ٢٩) لم يشترط في التجارة إلا التراضي، وذلك يقتضي أن التراضي هو المبيح للتجارة، وإذا كان كذلك، فإذا تراضى المتعاقدان بتجارة أو طابت نفس المتبرع بتبرع ثبت حله بدلالة القرآن إلا أن يتضمن ما حرمه الله ورسوله كالتجارة في الخمر ونحو ذلك(٣).

---

(١) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب إثم من باع حراً ٤١/٣

(٢) القواعد النورانية لابن تيمية ص٢٠٠

(٣) المرجع السابق

جـ- إن الشرط إذا لم يشتمل على ما حرمه الله ورسوله فلا وجه لتحريمه، بل الواجب حله؛ لأنه عمل مقصود للناس يحتاجون إليه، إذ لولا حاجتهم إليه لما فعلوه، فإن الإقدام على الفعل مظنة الحاجة إليه. ولم يثبت تحريمه، فيباح لما في الكتاب والسنة مما يرفع الحرج(١).

بهذا التأصيل العلمي العميق المتفق مع نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية ومقاصد الشريعة الإسلامية، وأهمها رفع الحرج عن الناس يكون ابن تيمية قد وسع دائرة تصحيح الشروط المقترنة بالعقد، وفتح الباب على مصراعيه لشروط العاقدين التي تحقق لهم المنفعة إذا لم تشتمل على ما حرمه الله ورسوله. فالأصل في الشروط الصحة سواء كان ذلك في المعاوضات أو في التبرعات. ففي المعاوضات يجوز للبائع أن يشترط منفعة المبيع مدة معلومة: كأن يسكن الدار سنة أو يركب الدابة شهراً، أو يزرع الأرض سنة، ويجوز للمشتري أن يشترط على البائع أن يخيط له الثوب أو يحمل المبيع إلى داره أو يحصد الزرع، ويجوز للبائع أن يشترط على المشتري للرقيق أن يعتقه، ولكن لا يجوز أن يشترط البائع أن يكون الولاء له عند الإعتاق؛ لأن هذا الشرط يحلل حراماً. وفي التبرعات يجوز للواقف أن يشترط منفعة الموقوف مدة، كما يجوز للواهب أن يشترط منفعة الموهوب مدة. ويجوز للمعتق أن يشترط منفعة العتيق مدة، ولكن لا يجوز أن يشترط منفعة البضع؛ لأنها لا تستباح إلا في نكاح أو ملك(٢). وفي عقود التبرعات يصح أن تكون المنفعة التي استثناها المتبرع لنفسه منفعة غير معلومة، إذ يجوز في التبرعات من الغرر ما لا يجوز في المعاوضات. قال ابن تيمية: "يجوز لكل من أخرج عيناً من ملكه بمعاوضة: كالبيع والخلع، أو تبرع: كالوقف والعتق أن يستثنى بعض منافعها، فإن كان مما لا يصح فيه الغرر: كالبيع فلا بد أن يكون المستثنى معلوماً لحديث جابر: "بعته - يعنى بعيره- من النبي، واشترطت حملانه إلى أهلي."

---

(١) المرجع السابق

(٢) نظرية العقد لابن تيمية، ص١٦

(1) وإن لم يكن كذلك: كالعتق والوقف، فله أن يستثنى العبد ما عاش أبداً وعاش فلان، أو يستثنى غلة الوقف ما عاش الواقف." (2)

ونرى أن ابن تيمية لم يتقيد بمذهبه الحنبلي في الشروط غير الصحيحة، وبخاصة في اجتماع شرطين في عقد، واجتماع عقدين في عقد.

1. ففي المذهب الحنبلي لا يصح اجتماع شرطين في عقد، ولو كانا صحيحين، بينما يرى ابن تيمية صحة اجتماع شرطين؛ وهو رواية عن الإمام أحمد اختارها ابن تيمية. جاء في الإنصاف:"وإن جمع بين شرطين لم يصح؛ هذا المذهب، وعليه الأصحاب، وعنه يصح. اختاره شيخ الإسلام ابن تيمية." (3)
2. وفي المذهب الحنبلي لا يصح اجتماع عقدين في عقد مطلقاً، بينما يرى ابن تيمية أن هذا خاص بالجمع بين عقد معاوضة وعقد تبرع: كبيع وقرض أو إجارة وقرض؛ لأن ذلك التبرع إنما كان لأجل المعاوضة لا تبرعاً مطلقاً، فيصير جزءاً من العوض؛ فإن من أقرض رجلاً ألف درهم، وباعه سلعة تساوي خمسمائة بألف لم يرض بالاقتراض إلا بالثمن الزائد للسلعة، والمشتري لم يرض ببذل ذلك الثمن الزائد إلا لأجل الألف التي اقترضها، فلا هذا باع بيعاً بألف، ولا هذا أقرض قرضاً محضاً، بل الحقيقة أنه أعطاه الألف والسلعة بألفين، فهي مسألة:"مد عجوة"(4) فإذا كان المقصود أخذ ألف بأكثر من ألف

---

(1) سبق تخريجه في موقف المالكية من الشروط

(2) القواعد النورانية لابن تيمية ص211

(3) الانصاف للماوردي (4/340)

(4) مُدُّ عجوة: مسألة مشهورة في باب الربا. وصورتها: بيع مال ربوي بربوي آخر من جنسه مع ربوي من غير جنسه (أي من غير جنس الربوي المبيع) ومثلوا لذلك بمد عجوة ودرهم وتفصيل ذلك:
- بيع مد عجوة ودرهم بمد عجوة ودرهم.
- بيع مد عجوة بدرهم بمدي عجوة.
- بيع مد عجوة ودرهم بدرهمين.

حرم بلا تردد. (١) وقال ابن تيمية في موضع آخر:"حرَّم النبي صلى الله عليه وسلم الجمع بين السلف والبيع؛ لأنه إذا أقرضه وباعه حاباه في البيع لأجل القرض." (٢)

وأما اجتماع عقدين من عقود المعاوضات في عقد واحد: كبيع وإجارة، أو زواج وبيع فقد صححهما ابن تيمية؛ لأن الأصل في العقود والشروط الإباحة، والتحريم يحتاج إلى نص أو إجماع. (٣) وقال في اجتماع عقد الزواج مع البيع:"فإذا تزوجها على أن يبيعها داره بدون ثمن المثل كان جائزاً. (٤)"

مناقشة الأدلة :

أ- مناقشة أدلة ابن حزم على أن الأصل في الشروط الحظر.

١. الآيات التي استدل بها ابن حزم الظاهري على أن الأصل في الشروط الحظر عامة، وليست خاصة بالشروط، وتفسيره لها تفسير ظاهري لا يتعدى المعنى اللغوي لألفاظها، فهو لا ينظر في تفسيرها إلى مقاصد الشريعة وطبيعة التشريع فيها، فالشريعة الإسلامية جاءت بأحكام تفصيلية وقوانين جزئية فيما لا يقبل التطور والتحور بتغير الزمان والمكان مثل: قوانين العقوبات والإرث، وجاءت بمبادئ كلية وقواعد أساسية فيما يتغير بتغير الزمان والمكان: كالمعاملات، فقد منعت أكل أموال الناس بالباطل، وحرمت الغرر والضرر وغير ذلك من الضوابط والأطر العامة. وهذا مما جعل الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان، تنمو وتتجدد، وتستوعب كل جديد في مجال المعاملات. هذا هو المراد بكمال الدين، وليس المراد اشتماله على جميع الأحكام التفصيلية المتعلقة بحياة الإنسان. ويؤيد ذلك أن أية:" الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي."(المائدة/٣) نزلت قبل نزول بعض الأحكام التفصيلية

---

(١) القواعد النورانية لابن تيمية ص١٤٢.

(٢) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٣٣٤/٢٩.

(٣) نظرية العقد لابن تيمية ص١٨٩.

(٤) المرجع السابق.

كالربا والكلالة. قال القرطبي:"قالوا وقد نزل بعد ذلك - أي بعد آية:" الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ."- قرآن كثير، نزلت آية الربا، ونزلت آية الكلالة إلى غير ذلك." (١)

أما آية:"حدود الله" التي استدل بها ابن حزم فقد وردت في سياق المحرمات في العلاقات الزوجية، ولم تأت في تفصيل المباح والحلال، وهذا شأن القرآن، فهو يفصل في الحرام دون المباح؛ لأن المباح لا حصر له. قال تعالى:" وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ."(الأنعام/١١٩) فالأصل في الشروط الإباحة وليس الحظر.

٢. استدلال ابن حزم بحديث بريرة غير مسلم؛ لأن قول النبي صلى الله عليه وسلم:"أيما شرط ليس في كتاب الله فهو باطل." يدل على أن الشرط لابد أن يكون موافقاً لما في كتاب الله، فإن خالفه: بأن كان ذلك الشرط مما حرمه الله قدم كتاب الله؛ لأن كتاب الله أحق وشرط الله أوثق. أما إذا كان الشرط مما لم يحرمه الله فلم يخالف كتاب الله وشرطه ، أو كان مما يباح فعله بدون اشتراط صح اشتراطه، ويجب الوفاء به، ولو كان غير منصوص عليه بعينه.(٢)

وأما دعوى النسخ فإنها غير صحيحة وتدحضها روايات الحديث، فقد ورد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعائشة:"خذيها واشترطي الولاء لهم، فإنما الولاء لمن أعتق." (٣)أي أن هذا الشرط غير معتبر البتة، فكيف يقال بعد هذا النص الصريح بأن اشتراط الولاء للبائع كان مباحاً ثم نسخه الله.

٣. وأما قول عطاء:"كل بيع فيه شرط فليس بيعاً." فهو قول تابعي لا يصلح للاحتجاج به؛ لأن كل إنسان يؤخذ من قوله ويرد إلا النبي صلى الله عليه وسلم.

---

(١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٦٢/٦.

(٢) بتصرف من القواعد النورانية لابن تيمية ص٢٠٧.

(٣) سبق تخريجه عند موقف الظاهرية من الشروط.

٤. وأمـــا تحريم إيجاب العمل بالبشرة أو بالمال ما لم يرد به نص بدليل قولـــه صـــلى الله عليه وسلم:"إن دماءكم وأموالكم وأبشاركم عليكم حرام." فغير مسلم؛ لأن هذا نص عام مخصوص بقوله تعالى:"إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ."(النساء/ ٢٩). فقـــد خصص الله تعالى تحريم الأموال والأبشار بعدم تراضي الناس عليه. أما مـــا تراضـــى عليه الناس فيكون مباحاً غير محرم. وكذلك تحريم الامتناع عن عمل لقولـــه تعـــالى:" لِـــمَ تُحَـــرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ."(التحريم/١) فهو عام مخصوص بعدم التراضي. ويؤيد ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم امتنع عن أعمال معينة في عقد الحديبيـــة بموجب العقد. فقد امتنع عن قبول المسلمين الذين يهاجرون إليه في فترة الهدنة(١).فلا يصح القول بأن الأصل في الامتناع عن عمل ما هو التحريم إلا أن يرد نص بالإباحة.

ب- مناقشة أدلة المذاهب الأخرى على أن الأصل في الشروط الحظر.

١. إن اســـتدلال الحنفـــية والشـــافعية بحديث:" نهى عن بيع وشرط." قال عنه النووي غريب. (٢) وقال ابن قدامة:"لم يصح أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بـــيع وشـــرط." (٣)وقال ابن القطان:"علته ضعف أبي حنيفة في الحديث." (٤) فالحديث ضـــعيف، ومما يؤكد ضعفه أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز البيع مع الشرط في حديث بريرة، فقد أجاز النبي صلى الله عليه وسلم البيع بشرط العتق. (٥)

٢. وأمـــا تمســـك الحنفـــية والشافعية بنظرية:"مقتضى العقد" وأن الشرط ينافي مقتضى العقد؛ فيقال لهم: أينافي مقتضى العقد المطلق، أو مقتضى العقد مطلقاً. فإن أراد الأول فكـــل شرط كذلك. وإن أراد الثاني لم يسلم لـــه، وإنما المحذور أن ينافى

---

(١) السيرة النبوية لابن هشام ٣١٨/٣.
(٢) المجموع للنووي ٣٦٣/٩.
(٣) المغنى لابن قدامة ١٠٨/٤.
(٤) نصب الراية للزيلعي ١٨/٤
(٥) المرجع السابق.

مقصود العقد: كاشتراط الطلاق في النكاح، أو اشتراط الفسخ في العقد، فأما إذا شرط ما يقصد بالعقد لم يناف مقصوده. (١)

والحقيقة أن تمسكهم بنظرية:"مقتضى العقد" أو أن الأصل هو المنع أضحى صورياً؛ لأن توسعهم في تفسير الدليل المسوغ بحيث يشمل العرف والاستحسان والمصالح المرسلة جعل الاستثناء في الواقع أكثر عملاً وتطبيقاً من مقتضى الأصل، فيؤول الأمر عملاً إلى أن الأصل الإباحة(٢).

٣. وأما استدلال الحنفية بعموم النهى عن بيع وسلف وعن صفقتين في صفقة؛ فمحمول على الشرط الفاسد الذي يخالف مقتضى الشرع أو يتضمن محظوراً شرعياً: كالربا والغرر والجهالة المفضية إلى نزاع.

جـ- مناقشة أدلة القائلين أن الأصل في الشروط الإباحة.

١. ناقش ابن حزم حديث جابر الذي باع جمله إلى النبي صلى الله عليه وسلم، واستثنى حملانه إلى أهله بأن ركوب جابر كان تطوعاً من رسول الله صلى الله عليه وسلم، وإن هذا قد ورد في رواية:"أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لجابر ما فعل الجمل بعنيه؟ قلت: يا رسول الله هو لك. قال: لا بل بعنيه؟ قلت: لا بل هو لك. قال: لا بعنيه قد أخذته بأوقية. اركبه، فإذا قدمت المدينة فأتنا به؟ فلما قدمت المدينة آتيته به." (٣)

ثم قال ابن حزم: وفي رواية أنه كان شرطاً من جابر ، فنحن نسلم أنه كان شرطاً، ثم نقول لهم: صح عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال:"أتراني ما كنت لآخذ جملك؟". أي أن البيع لم يتم فيه قط، فإنما اشترط جابر ركوب جمل نفسه، وهذا هو

---

(١) القواعد النورانية لابن تيمية ص١٩٢.

(٢) الشروط المقترنة بالعقد للدريني ٤٦١/٢

(٣) سبق تخريجه عند موقف المالكية من الشروط.

مقتضى لفظ الأخبار إذا جمعت ألفاظها. فبطل أن يكون هذا الخبر حجة في جواز بيع الدابة، واستثناء ركوبها أصلاً. (١)

ويجاب عن قوله بأنه تطوع: أن لفظ البخاري جاء صريحاً في اشتراط جابر الركوب، حيث قال:"بعته واستثنيت حملانه إلى أهلي." وأما قوله:"إن البيع لم يتم أبداً." فيجاب عنه أن العقد انعقد في أثناء السفر، وقبل الوصول إلى المدينة المنورة بدليل قوله:"بعته" فهو قبول لاقي إيجاباً في مجلس العقد.

٢. ناقش ابن حزم استدلال الفريق الآخر بقوله تعالى:﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ.﴾(المائدة/١) وقوله تعالى:﴿ وَأَوْفُواْ بِعَهْدِ اللّهِ.﴾(النحل/٩١) بأن الوفاء بالعقود ليس على عمومه، ولا على ظاهره، وإنما مخصوص بما في كتاب الله تعالى. أما ما ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل، والباطل محرم، فلا يحل الوفاء به. وكذلك الوفاء بعهد الله مخصوص بما في كتاب الله، أما كل عهد نهى الله عنه، فلا يحل الوفاء به. (٢)

ويجاب عن ذلك: بأن الأصل أن يبقى العموم على عمومه، وهو وجوب الوفاء بجميع الشروط حتى يرد نص خاص يمنع من الوفاء بالشروط. قال ابن القيم:"وأما تخصيصها فلا وجه له، وهو يتضمن إبطال ما دلت عليه من العموم، وذلك غير جائز إلا ببرهان." (٣)

٣. ناقش ابن حزم حديث:"المسلمون عند شروطهم" بأنه ضعيف، ففي رواية ابن أبي شيبة كثير بن زيد، وهو كثير بن عبد الله بن عمرو بن زيد هالك متروك باتفاق، والوليد بن رباح مجهول، والآخر عبد الملك بن حبيب هالك، ومحمد بن عمر هو الواقدي مذكور بالكذب، وعبد الرحمن بن محمد مجهول لا يعرف. والروايات الأخرى رويت مرسلة. فلا يصلح الحديث للاحتجاج به.

---

(١) المحلى لابن حزم ٤١٤/٩- ٤١٥.

(٢) المرجع السابق.

(٣) إعلام الموقعين لابن القيم ٣٤٨/١.

وعلى فرض صحته فهو حجة لنا وغير مخالف لقولنا؛ لأن شروط المسلمين هي الشروط التي أباحها الله لهم لا التي نهاهم عنها. وأما التي نهوا عنها فليست شروط المسلمين(١).

ويجاب عن ذلك: بأن الحديث صحيح، صححه الحاكم. وقال الترمذي عنه:"حسن صحيح." (٢) وعلى فرض أن فيه ضعفاً، فإن اجتماع رواياته من طرق يشد بعضها بعضاً. (٣) وقال ابن القيم:"وأما ضعف بعضها من جهة السند فلا يقدح في سائرها، ولا يمنع من الاستشهاد بالضعيف، وإن لم يكن عمدة." (٤)

وأما توجيه الحديث بحيث يخدم مذهب ابن حزم، وهو أن شروط المسلمين هي الشروط التي أباحها لهم لا التي نهاهم عنها فغير مسلم به؛ لأن المعنى الذي يشهد له الكتاب والسنة أن المشترط ليس له أن يبيح ما حرمه الله، ولا يحرم ما أباحه الله، فإن شرط حينئذ يكون مبطلاً لحكم الله، وليس له أن يسقط ما أوجبه الله، وإنما المشترط له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجباً بدونه، فمقصود الشروط وجوب ما لم يكن واجباً ولا حراماً، وعدم الإيجاب ليس نفياً للإيجاب حتى يكون المشترط مناقضاً للشرع. وكل شرط صحيح فلا بد أن يفيد وجوب ما لم يكن واجباً. وكل ما كان حراماً بدون الشرط فالشرط لا يبيحه كالربا. وكل ما كان مباحاً بدون الشرط، فالشرط يوجبه: كالزيادة في المهر والرهن، فإن للرجل أن يعطي المرأة، وله أن يتبرع بالرهن. (٥)

---

(١) المحلى لابن حزم ٤٠٧/٩- ٤٠٨.

(٢) سنن الترمذي ٦٣٥/٣

(٣) القواعد النورانية لابن تيمية ص١٩٨ .

(٤) إعلام الموقعين لابن القيم ٣٤٨/١.

(٥) القواعد النورانية لابن تيمية ص١٩٧

* الرأي الراجح.

بعد عرض أقوال المذاهب الفقهية في ضوابط الشرط الصحيح وغير الصحيح المقترن بصيغة العقد وأدلتهم ومناقشتها يتبين أن القول الراجح ما ذهب إليه شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم والإمام أبو اسحق الشاطبي من أن الأصل في الشروط المقترنة بالعقد الإباحة، ولا يكون الشرط غير صحيح إلا في موضعين:الأول: إذا كان الشرط يناقض الشرع، فيحل الحرام أو يحرم الحلال. ويدخل في ذلك كل شرط يحل الحرام: كالربا والزنا وشرب الخمر، أو يحرم الحلال. كما يدخل فيه الغرر والجهالة المفضية إلى نزاع، واجتماع بيع وسلف(قرض)؛ لأنه يؤدي إلى قرض جر نفعاً. والثاني: إذا كان الشرط ينافي المقصود من العقد مثل: أن يشترط البائع على المشتري ألا يبيع ما اشتراه أو يؤجره ذلك إذا كان للعقد مقصود يراد في جميع صوره، ثم شرط العاقد فيه ما ينافي المقصود في العقد. فقد جمع بين المتناقضين بين إثبات المقصود ونفيه ومثل هذا الشرط باطل غير صحيح.

وذلك لأن هذا القول يتفق مع نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الصحيحة ومقاصد الشريعة الإسلامية، وطبيعة التشريع الإسلامي الذي يجمع بين الثبات والمرونة، وقدرته على استيعاب كل جديد يظهر في أي زمان ومكان في مجال المعاملات التي تتغير وتتحور. وأما ما ذهب إليه الظاهرية من أن الأصل في الشروط الحظر فيؤدي إلى نتيجة لا تتفق وطبيعة التشريع الإسلامي ومرونته وقابليته للتطبيق في كل زمان ومكان؛ لأن الأخذ به سيؤدي إلى إبطال كثير من العقود والشروط. وبالتالي هروب الناس من الشريعة الإسلامية واللجوء إلى القوانين الوضعية التي تجعل الأصل في العقود والشروط الإباحة ما لم تتعارض مع النظام العام. (١) ولن يقف الأمر عند عقود المعاملات وشروطها، بل يتعداها إلى بقية الأحكام والقوانين، فتحل القوانين الوضعية في جميع مجالاتها محل الشريعة الإسلامية.

---

(١) مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة للدكتور عبد الرزاق السنهوري ١٧٥/٣

المبحث الثالث

أثر الشرط في العقد

المقصود بالأثر: الحكم الذي يترتب على اقتران الشرط بالعقد، سواء أكان صحيحاً أم غير صحيح. فإذا كان صحيحاً وجب الالتزام به بلا خلاف وإلا فسخ العقد. وأما إذا كان غير صحيح فما مدى تأثر العقد به؟ من حيث فساده أو بطلانه أو عدم فساده. وهذا الحكم يختلف باختلاف المذاهب الفقهية. وفيما يلي بيان ذلك الحكم في المذاهب الفقهية:

أولاً : أثر الشرط الباطل في العقد في المذهب الحنفي

تتنوع العقود -عند الحنفية - بالنسبة لأثر الشرط غير الصحيح فيها إلى نوعين(١) :

النوع الأول: عقود تتأثر بالشرط غير الصحيح، وهي المعاوضات المالية:كالبيع، والإجارة، والقسمة، والصلح عن مال بمال، والمزارعة، والمساقاة ونحوها.

والنوع الثاني: عقود لا تتأثر بالشرط غير الصحيح، وهي المعاوضات غير المالية: كالنكاح، وعقود التبرعات: كالهبة، والقرض والإعارة، والكفالة، والحوالة، والرهن، والوصية؛ فإن اشتراط الشروط غير

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٥٧/٤، فتح القدير للكمال بن الهمام ٤٤٩/٦، حاشية ابن عابدين ٥٩١/٤، درر الحكام في شرح غرر الأحكام ١٧٣/٢

الصحيحة فيها لا يؤثر فيها، بل تلغو الشروط غير الصحيحة ويبقى العقد صحيحاً.

وسبب هذا التنوع يرجع إلى مدى تحقق الربا في العقد، فإن اشتراط ما فيه منفعة لأحد العاقدين يعتبر زيادة مشروطة بغير عوض، والربا إنما يتحقق في المعاوضات المالية دون المعاوضات غير المالية، والتبرعات. قال ابن نجيم في البحر الرائق:"الأصل أن ما كان مبادلة مال بمال، فإنه لا يصح تعليقه بالشرط الفاسد للنهى عن بيع وشرط. وما كان مبادلة مال بغير مال أو كان من التبرعات فإنه لا يبطل به؛ لأن الشروط الفاسدة من باب الربا، وهو مختص بالمعاوضات المالية دون غيرها من غير المالية والتبرعات، فيبطل الشرط." (١)

ثم قسموا الشروط غير الصحيحة من حيث أثرها في عقود المعاوضات المالية إلى قسمين: قسم يؤثر في العقد فيفسده، وقسم لا يؤثر في العقد، بل تلغو الشروط غير الصحيحة، ويبقى العقد صحيحاً سالماً.

القسم الأول : شروط باطلة تفسد العقد.

هذا القسم من الشروط يضم ثلاثة شروط غير صحيحة تفسد عقود المعاوضات المالية وهي:

١. الشرط الذي يؤدي إلى ارتكاب محظور.

إذا اشترط أحد العاقدين في عقد من عقود المعاوضات المالية شرطاً محظوراً فسد العقد. ومثلوا لذلك بمن اشترى جارية، واشترط أن تكون مغنية فالبيع فاسد؛ لأن الغناء صفة محظورة لكونه لهواً منهياً عنه شرعاً، فاشتراطه في البيع يوجب فساده. (٢) ويمكن التمثيل لذلك بمن استأجر خادمة على أن تكون راقصة.

---

(١) البحر الرائق لابن نجيم ١٩٤/٦

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ١٦٩/٥

٢. الشرط الذي يتضمن غرراً في العقد.

إذا اشترط أحد العاقدين في العقد شرطاً يتضمن الغرر فسد العقد. ومثال ذلك: ما إذا اشترى ناقة على أنها حامل، أو بقرة على أنها حلوب أو لبون. فإن الزيادة المشروطة في العقد موهومة مرغوب فيها تؤدي إلى نزاع. (١)

هذا هو المقرر في المذهب الحنفي، لكن أبا حنيفة فيما روي عنه فرق بين أمرين تبعاً لوجود الغرر وانتفائه(٢).

أ- الأمر الأول: أن يكون المشروط معين المقدار: كاشتراط أن تحلب البقرة عشرين رطلاً في اليوم، أو أن تلد البقرة بعد شهر، فإن مثل هذا الشرط يفسد العقد؛ وذلك لأن الغرر متحقق، والجهالة متجسمة، والنزاع واقع لا محالة.

ب- الأمر الثاني: أن يكون المشروط غير معين المقدار: كأن يشترط أن تكون الشاة حاملاً أو البقرة حلوباً. فإن مثل هذا الشرط لا يفسد العقد، والشرط صحيح؛ لأنه شرط زيادة صفة يمكن التحقق من وجودها والوصول إلى معرفتها من قبل أهل الخبرة فينتقى الغرر.

والأولى بالاعتبار والترجيح ما ذهب إليه أبو حنيفة من التفريق بين ما يمكن معرفته والوصول إليه بمساعدة أهل الخبرة، وبين ما لا يمكن معرفته فنجيز الأول دون الثاني؛ لأن إمكانية المعرفة للأمر المستور تنفي الغرر والجهالة. وذلك لأن"الغرر ميدانه يتسع ويضيق تبعاً لتطور نظم الحياة واتساع المعرفة عند بنى الإنسان ونمو الخبرات، وعرف الناس وتعاملهم، فكلما تقدمت الخبرات واتسعت

---

(١) الفرائد البهية في القواعد والفوائد الفقهية لمحمود حمزة ص٤٣

(٢) بدائع الصنائع ١٦٩/٥، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي لحسن الشاذلي ص١٩٠.

ميادين العلم كانت كاشفة عن أسرار الحياة، واستمرت أعراف الناس رأينا الغرر يضيق وينكمش، وكلما تقلصت هذه المعاني جميعها رأينا الغرر يتسع ميدانه. (١)"

٣. الشرط الذي يتضمن منفعة لأحد العاقدين أو المعقود عليه.

إذا كان من أهل الاستحقاق أو من أهل الخصومة كالعبيد وكانت تلك المنفعة مما لا يقتضيها العقد ولا يلائمها، وليس للناس فيها تعامل. مثل: ما إذا اشترى قماشاً على أن يخيطه البائع، أو حنطة بشرط الحمل إلى منزل المشتري، أو ثماراً بشرط الجذاذ على البائع فالبيع فاسد؛ لأن هذا الشرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة للمشتري. وكذا إذا كان الشرط فيه منفعة للبائع. مثل: أن يشتري داراً بشرط أن يسكنها البائع شهراً، أو أرضاً بشرط أن يزرعها البائع سنة، أو دابة بشرط أن يركبها، أو ثوباً بشرط أن يلبسه البائع أو بشرط أن يقرضه المشتري دراهم. وكذا إذا كان في الشرط منفعة للمعقود عليه، وهو من أهل الخصومة: نحو أن يبيع عبداً بشرط العتق(٢).

القسم الثاني: شروط باطلة تبطل ويبقى العقد صحيحاً.

هذا القسم يضم ثلاثة شروط غير صحيحة لا تؤثر في عقود المعاوضات المالية، فتبطل الشروط، ويبقى العقد صحيحاً وهي:

١. شرط يتضمن منفعة للمعقود عليه إذا كان من غير أهل الاستحقاق: بأن كان غير آدمي، مثل: ما إذا باع دابة على أن لا يبيعها المشتري ولا يهبها، فهذا الشرط باطل والعقد صحيح؛ لأن هذا الشرط لا يستحقه أحد، فلا تترتب عليه مطالبة(٣).

٢. شرط فيه منفعة لأجنبي عن العقد، سواء كان الأجنبي معيناً أو غير معين. مثل: ما إذا باع داره لشخص على أن يقرض المشتري أجنبياً ألف دينار، أو باع طعاماً على أن يتصدق به على الفقراء والمساكين. فالشرط يبطل والعقد

---

(١) نظرية الشرط للشاذلي ص١٩٠

(٢) الجوهرة النيرة للحدادي ٢٦١/١

(٣) البحر الرائق لابن نجيم ٩٣/٦.

صحيح في الأرجح في المذهب؛ لأن العقد يوجب التزامات متقابلة للعاقدين دون الأجنبي عن العقد.

وفي القول الثاني في المذهب يفسد العقد والشرط معاً؛ وذلك لأنه شرط لو صح يحقق منفعة للأجنبي فيبطل، ويفسد العقد قياساً على الشرط الذي يحقق منفعة لأحد العاقدين(١).

٣. شرط ليس فيه منفعة ولا مضرة لأحد وليس مما يقتضيه العقد ولا يلائمه. مثل: ما إذا باع قمحاً على أن يطحنه المشتري ويأكله، ولا يتصرف فيه أي تصرف آخر، أو باع ثوباً على أن يلبسه المشتري، ولا يتصرف أي تصرف آخر(٢). بطل الشرط؛ لأنه مما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه وصح العقد؛ لأنه لا يترتب على الشرط منفعة أو مضرة.

وأما عقد النكاح فلا يتأثر بالشرط الفاسد (غير صحيح) فيبطل الشرط ويبقى العقد صحيحاً تترتب عليه أحكامه وآثاره؛ لأن الزواج عندهم لا يفسد بالشروط الفاسدة أصلاً. (٣) كما بينا سابقاً.

ثانياً: أثر الشرط الباطل في العقد في المذهب المالكي.

قسم المالكية الشروط غير الصحيحة من حيث أثرها في العقد إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: شروط يفسخ بها العقد على كل حال: كالشرط المتضمن الربا، أو الغرر في الثمن أو المثمون، أو الجهالة، وما أشبه ذلك مما يؤدي إلى الإخلال بشرط من شروط صحة العقد.

---

(١) المرجع السابق.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ١٧١/٥

(٣) فتح القدير ٣٥٠/٣.

وهذا الشرط يوجب فسخ العقد على كل حال سواء أفاتت السلعة أم لا، ولا خيار لأحد المتعاقدين في إمضائه، فإن كانت السلعة قائمة ردت بعينها، وإن فاتت ردت بقيمتها بالغة ما بلغت.

ويستثنى من هذا القسم مسألة:"البيع بشرط أن يسلف المشتري البائع أو العكس." فإن هذا الشرط لا يصح عند المالكية؛ لأنه يؤدي إلى الجهل بالثمن، فإن وقع في العقد فالمشهور عندهم. أن العقد يفسخ ما دام مشترط السلف متمسكاً به، فإن أسقطه صح البيع، وسواء أخذ مشترط السلف سلفه وغاب عليه أم لا.

وذهب سحنون: إلى أنه إنما يصح إسقاط المشترط لشرطه، ويصح البيع إذا لم يأخذ مشترط السلف ما اشترطه من السلف ويغيب عليه. أما إذا أخذ مشترط السلف سلفه، وغاب عليه فلا بد من الفسخ ورد السلعة؛ لأنه قد تم ما أراده من السلف؛ هذا إذا كانت السلعة قائمة بيد المشتري. فأما إن فاتت فلا يفيد الإسقاط؛ لأن القيمة قد وجبت عليه حينئذ فلا بدَّ من فسخه، فإن كان السلف من البائع، فله الأقل من الثمن أو القيمة يوم القبض ويرد عليه السلف. وهذا مذهب المدونة وهو المشهور، وقاله المازري.

وظاهر إطلاق ابن الحاجب وغيره أنه لا فرق بين أن يكون الإسقاط قبل فوات السلعة أو بعد فواتها(١).

القسم الثاني: شروط يفسخ بها العقد ما دام مشترط الشرط متمسكاً بشرطه.

فإن رضي بترك الشرط أو التنازل عنه صح البيع إن كان لم يفت. أما إذا فات ففيها الأقل من الثمن أو القيمة أو الأكثر من القيمة أو الثمن.

ويكون ذلك في حالة اشتراط شرط ينافي مقتضى العقد مثل:أن يبيع السلعة على أن لا يبيعها ولا يهبها، أو على أن يتزوج بامرأة على أن لا يخرج بها من البلد، أو على أن لا يعزل عنها، أو أن لا يركبها البحر أو غير ذلك من الشروط التي تقتضي التحجير على العاقد.

---

(١) المقدمات لابن رشد ص٥٤٤، تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب ص٣٤٥

هذا هو المشهور في المذهب، فإن ترك المشترط الشرط صح البيع إن كانت السلعة قائمة. فإن فاتت كان فيه الأكثر من الثمن أو القيمة يوم قبضه المشتري.

وفي قول غير مشهور: أن هذه البيوع تفسد بهذه الشروط على كل حال في حال قيام السلعة وعدم فواتها، فإذا فاتت تكون فيه القيمة بالغة ما بلغت، واستثنوا من هذا القسم -على القول المشهور- مسألتين هما:

المسألة الأولى: مسألة شراء السلعة على الخيار إلى أجل بعيد. لا يجوز الخيار إليه فإنه يفسخ فيه البيع على كل حال، ولا يمضى(البيع) إن رضي مشترط الخيار بترك الشرط، لأن رضاه بذلك ليس بترك منه للشرط، وإنما هو اختيار للبيع على الخيار الفاسد.

المسألة الثانية: مسألة ما إذا باع الأمة على ألا يطأها (المشتري) فإن فعل فهي حرة، أو غلامه حر، أو عليه صدقة، أو صيام أو ما أشبه ذلك. فهذا يفسخ على كل حال على حكم البيع الفاسد، ولا يكون للبائع أن يترك الشرط من أجل أنها يمين قد لزمت المشتري، وليس له أن يسقطها عنه. (١)

القسم الثالث: شروط تبطل ويصح العقد. وهي غير الصحيحة، ولكنها خفيفة بحيث تقع للشرط حصة من الثمن. ومثال ذلك: أن يبيع سلعة ويشترط البائع إن لم يأت بالثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بيننا، أو مثل: من اشترى بستاناً بشرط البراءة من الجائحة، لأن الجائحة لو أسقطها بعد وجوب البيع لم يلزمه ذلك؛ لأنه أسقط حقاً قبل وجوبه، فلما اشترط إسقاطها في عقد البيع لم يؤثر ذلك عنده في حصته؛ لأن الجائحة أمر نادر فلم يقع بشرطه ذلك حصة من الثمن، ولم يلزم الشرط إذ حكمه أن يكون غير لازم إلا بعد وجوب الرجوع بالجائحة(٢).

---

(١) المقدمات ص٥٤٤، تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب ص٣٤٥، البيان والتحصيل لابن رشد ٤٢/٧

(٢) تحرير الكلام للحطاب ص٣٤٥.

وأما الشروط غير الصحيحة في النكاح فهي ما تكون مناقضة لمقتضى العقد: كشرط الزوج على الزوجة أن لا يقسم لها في المبيت مع غيرها من الزوجات، أو أن يؤثر عليها، أو ألا ينفق عليها أو ألا يكسوها، أو أن لا ميراث بينهما. اختلف في ذلك: فالمشهور في المذهب أن العقد يفسخ قبل الدخول، ويثبت بعده ويسقط الشرط.

وقيل: يفسخ النكاح قبل الدخول وبعده. وقيل: إن أسقط مشترط الشرط شرطه صح النكاح، وإن تمسك به فسد. (١)

ثالثاً: أثر الشرط الباطل في العقد عند الشافعية.

يرى الشافعية أن الشرط غير الصحيح (الباطل) إذا اقترن بالعقد أو وقع في حال العقد: بأن كان في صلبه فسد به العقد. (٢)عند جمهورهم(٣). واستدلوا لذلك بحديث:"نهى عن بيع وشرط. (٤)" ولأنه شرط لم يبن على التغليب، ولا هو من مقتضى العقد، ولا من مصلحته فأفسد العقد، كما لو شرط أن لا يسلم إليه المبيع، فإن قبض المبيع لا يملكه؛ لأنه قبض في عقد فاسد فلا يوجب الملك: كالوطء في النكاح الفاسد. فإن كان المبيع باقياً وجب رده، وإن هلك ضمنه بقيمته أكثر مما كانت من حين القبض إلى حين التلف. وهناك قول آخر غريب في المذهب الشافعي حكاه إمام الحرمين والرافعي، نقله أبو نور عن الشافعي: أن البيع لا يفسد بالشروط الفاسدة بحال، بل يلغو الشرط، ويصح العقد. واستدلوا لذلك بحديث بريرة.

وأما عقد النكاح فلا يفسد بالشروط الفاسدة في المشهور في المذهب. وفيه قول شاذ ضعيف: أن النكاح يفسد بالشروط الفاسدة.

---

(١) تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب ص٣٢٧، حاشية الخرشي على مختصر خليل ١٩٥/٣.

(٢) هذا إذا كان الشرط في حال العقد، وهو الذي يطلق عليه الشرط المقترن بالعقد. أما إذا كان قبله، فلا يلحق العقد ولا يؤثر فيه ولا يلزم الوفاء؛ لأن ما قبل العقد لغو. و إن كان بعده فله حالان:
الحال الأولى: أن يكون بعد لزوم العقد بانقضاء الخيار، فلا يفسد العقد به.
الحال الثانية: أن يكون قبل لزوم العقد أو في مدة الخيار فيه ثلاثة أقوال. **الأول:**_لا يلحق العقد ولا يؤثر فيه، قاله المتولى. **والثاني:** قال الشيخ أو زيد والقفال يلحق العقد إذا وقع في خيار المجلس دون خيار الشرط. **والثالث:** يلحق العقد، ويؤثر فيه في الخيارين. وهو الصحيح عند جمهور الشافعية (المجموع ٣٦٩/٩).

(٣) المجموع للنووي ٣٦٩/٩، مغنى المحتاج للشربيني ٣٤/٢.

(٤) مرَّ تخريج الحديث عند موقف الشافعية في المبحث السابق

وفرق الشافعية بين الشرط الذي يفرد بالعقد وبين الشرط الذي لا يفرد بالعقد. فإن كان مما لا يفرد بالعقد فحكمه كالسابق. وإن كان مما يفرد بالعقد: كالرهن والكفالة فقد اختلف الشافعية في فساد العقد به على قولين:

القول الأول: وهو الأصح يفسد العقد به كسائر الشروط الفاسدة.

والقول الثاني: لا يفسد العقد به كالصداق الفاسد لا يفسد به النكاح.

رابعاً: أثر الشرط الباطل في العقد في المذهب الحنبلي.

قسم الحنابلة الشروط غير الصحيحة المقترنة بالعقد من حيث أثرها في العقد إلى قسمين:

القسم الأول: شروط تفسد العقد وتبطله، وهي اشتراط عقد في عقد آخر: كبيع وسلف للنهي عن بيعتين في بيعة وعن صفقتين في صفقة. والنهى يقتضي الفساد. واجتماع شرطين في عقد للنهى عن شرطين في بيع. ونكاح الشغار(١)، ونكاح المحلل(٢)، ونكاح المتعة(٣)،والزواج على شرط نفي الحل فيه. (٤) واشتراط الخيار على فسخ الزواج لأحدهما .

القسم الثاني: شروط لا تفسد العقد، وهي الشروط التي تناقض مقتضى البيع مثل: أن يشترط البائع على المشتري أن لا يهب المبيع ولا يبيعه. فهذه الشروط لا تبطل العقد لحديث بريرة السابق(٥). فالنبي صلى الله عليه وسلم أمرها بالعقد ولا يأمرها بأمر فاسد. وكذلك الشرط الذي يتضمن المحظور مثل: اشتراط رهن فاسد كخمر أو خنزير فالشرط يلغو والعقد صحيح، وكذلك الشرط الذي يتضمن الجهالة:

---

(١) نكاح الشغار: أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته، وليس بينهما صداق(كشاف القناع ٩٣/٥).

(٢) نكاح المحلل: أن يتزوج شخص امرأة مطلقة ثلاثاً بشرط أنه متى أحلها للأول طلقها.(كشاف القناع ٩٤/٥).

(٣) نكاح المتعة: أن يتزوج المرأة مدة مثل: أن يقول زوجتك ابنتي سنة. (المغنى ٦٤٤/٦).

(٤) الزواج على شرط نفى الحل: بأن تزوجها على أن لا تحل له، فلا يصح النكاح لاشتراط ما ينافيه (كشاف القناع ٩٧/٥).

(٥) مر تخريج الحديث عند رأي الظاهرية في المبحث السابق

كاشتراط المشتري خياراً وأجلاً مجهولين(١). وفي النكاح اشترط أحد الزوجين الخيار في المهر أو شرط على الزوج عدم الوطء، أو العزل عنها، أو أن يسكنها حيث شاءت، أو شاء أبوها،(٢) أو أن لا ينفق عليها.

خامساً: أثر الشرط الباطل في العقد عند الظاهرية.

يرى الظاهرية أن الشرط الباطل المقترن بالعقد ، أو الذي وقع في حال العقد(٣) يفسد به العقد؛ لأنه عقد على أن لا يصح إلا بصحة الشرط، والشرط لا صحة له، فلا صحة لما عقد بأن لا صحة إلا بصحة ما لا يصح(٤). وقال ابن حزم في الإحكام:"فقد ثبت أن كل ما لا يصح إلا بصفة ما وشرط ما وعقد ما، ففسدت تلك الصفة والشرط، وذلك العقد في حين التعاقد، فإن ذلك الشيء لا يصح أبداً ويبطل ذلك العقد، ويفسخ أبداً؛ لأن ما تعلقت صحته بما لا يجوز، فلا صحة له إذ لم يصح ما لا تمام له إلا به. وهذا أمر يعلم بالضرورة. وبذلك وجب إبطال كل نكاح انعقد بشرط فاسد أو بصفة فاسدة، وكذلك كل بيع انعقد على ما لا يجوز، فإن كان ذلك يفسخ أبداً. (٥)"

سادساً: أثر الشرط الباطل في العقد عند ابن تيمية.

يرى ابن تيمية أنه يفرق بين الشرط الذي ينافي مقصود العقد، وبين الشرط الذي يخالف كتاب الله وسنة رسوله.

١. فإن كان الشرط مما ينافي مقتضى العقد: بأن يثبت العقد مقصوداً، وينفي الشرط هذا المقصود: كاشتراطه الطلاق عند الزواج، أو اشتراطه التوقيت في

---

(١) الإنصاف للمرداوي ٣٤٩/٤، كشاف القناع ١٩٣/٣.
(٢) كشاف القناع ٩٣/٥ وما بعدها، المغنى لابن قدامة ٦٤٢/٦
(٣) هذا إذا وقع الشرط في حال العقد. أما إذا وقع قبل العقد أو بعده فالعقد صحيح تام والشرط باطل لا يلزم
(٤) المحلى لابن حزم ٤٠٤/٩
(٥) الإحكام في أصول الأحكام ٨١٥/٥

الزواج: كزواج المتعة، فإن هذا الشرط يكون باطلاً مبطلاً للعقد؛ لأن مقصود عقد الزواج الدوام والاستمرار، وهذه الشروط تنافي ذلك المقصود. قال ابن تيمية: "فإن العقد إذا كان له مقصود يراد في جميع صوره، وشرط ما ينافي ذلك المقصود، فقد جمع بين المتناقضين بين إثبات المقصود ونفيه، فلا يحصل شيء، ومثل هذا الشرط باطل بالاتفاق، بل هو مبطل للعقد عندنا." وقال أيضاً:"فإذا كان الشرط منافياً لمقصود العقد كان العقد لغواً." (١)

٢. وإن كان الشرط مما ينافي كتاب الله وشرطه: بأن اشتمل على ما حرمه الله ورسوله: كالربا وشرب الخمر وغير ذلك؛ فإنه يفرق بين ما يعلم المشترط حرمته وبين ما يجهلها.

أ- فإن كان المشترط يعلم أن ما اشترطه محرم لا يحل له اشتراطه، فوجود اشتراطه كعدمه مثل: أهل بريرة الذين علموا عدم صحة اشتراط الولاء لهم، وأصروا على ذلك. ويؤيد ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم قام عشية، فقال:"ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، من اشتراط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط. (٢)" وهذا كان عقب استفتاء عائشة، وقد علم هؤلاء بهذا بلا ريب، وكان عقد عائشة معهم بعد هذا الإعلام من الرسول صلى الله عليه وسلم، فيكونون قد أقدموا عليه مع العلم بالتحريم، وحينئذ لا يضر اشتراطه، فيصح العقد ويلغو الشرط. (٣)

---

(١) القواعد النورانية ص٢٠٣- ٢٠٤.

(٢) مر تخريج الحديث عند أدلة الظاهرية في المبحث الثاني

(٣) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٣٣٩/٢٩

وقد يقول قائل إن هذا – شرط الولاء لغير المعتق- لا ينافي مقتضى العقد ولا مقصوده الملك والعتق قد يكون مقصوداً للعقد. فإن اشتراء العبد لعتقه يقصد كثيراً، فثبوت الولاء لا ينافي مقصود العقد.

ويجاب عن ذلك أن اشتراط الولاء لغير المعتق ينافي كتاب الله وشرطه، كما بينه النبي صلى الله عليه وسلم بقوله:"كتاب الله أحق، وشرطه أوثق. [1]" فإذا كان منافياً لمقصود الشارع كان مخالفاً لله ورسوله.

ب- وأما إذا كان المشترط جاهلاً بالتحريم ظاناً أنه شرط لازم، فهذا لا يكون البيع في حقه لازماً، ولا يكون أيضاً باطلاً، وإنما له الخيار في الفسخ؛ لأنه إنما رضي بزوال ملكه بهذا الشرط، فإذا لم يحصل له فملكه له إن شاء، وإن شاء أن ينفذ البيع أنفذه، كما لو ظهر بالمبيع عيب، وكالشروط الصحيحة إذا لم يوف له بها؛ إذا باع بشرط رهن أو ضمين (كفيل) فلم يأت به، فله الفسخ وله الإمضاء.

قال ابن تيمية:"والصواب أن كل شرط، فإما أن يكون مباحاً فيكون لازماً يجب الوفاء به، وإذا لم يوف به ثبت الفسخ كاشتراط نوع أو نقد في المهر. وإن كان الشرط باطلاً ولم يعلم المشترط ببطلانه لم يكن العقد لازماً، بل إن رضي بدون الشرط، وإلا فله الفسخ. هذا هو الأصل وأما إلزامه بعقد لم يرض به، ولا ألزمه الشارع أن يعقده، فهذا مخالف لأصول الشرع، ومخالف للعدل الذي أنزل الله به الكتاب وأرسل به الرسل. [2]"

ويترتب على القول بالخيار جواز التصرف في المبيع المشروط فيه الشرط الفاسد.

وأما عقد النكاح فلا يختلف في ذلك عن عقد البيع حيث قال:"لا فرق في ذلك بين النكاح والبيع وغير ذلك من العقود." [3] ولأن شرط الخيار يجوز في كل العقود بما

---

[1] مجموع الفتاوى ٢٩/٣٥٠، نظرية العقد لابن تيمية ص٢١٨.

[2] نظرية العقد ص٢١٨

[3] مجموع الفتاوى ٢٩/٣٤٨

فيها النكاح كما قرر ابن تيمية.(١) ولأن المشترط في النكاح لم يرض إلا بها والشروط في النكاح أوكد منها في البيع. (٢) لقوله صلى الله عليه وسلم:"إن أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج. (٣) "

*** مقارنة إجمالية بين الفقهاء في أثر الشرط الباطل في العقد.**

يتبين مما قدمناه في موضوع أثر الشرط الباطل (غير الصحيح) المقترن بالعقد عدة أمور وهي:

١. الشرط المحرم الذي ينافي مقصود الشرع: بأن يكون مخالفاً لما في كتاب الله وسنة رسوله: كالمتضمن الربا والغرر يفسد به العقد عند جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية. ويؤيد ذلك الأحاديث التي ذكرناها سابقاً، وهي:"النهى عن بيعتين في بيعة." و "النهى عن صفقتين في صفقة." و "النهى عن بيع وشرط." فالنهى يقتضي الفساد.

بينما يرى ابن تيمية عدم فساد، العقد وفرق بين علم المشترط بالشرط المحرم وعدم علمه به، فإن علم بأن الشرط محرم صح العقد ولغا الشرط. وإن جهل بأن الشرط محرم كان له الخيار في أن يتنازل عن شرطه ويصح العقد، أو أن يفسخ العقد. ويستدل للحالة الأولى بحديث بريرة، فقد أبطل النبي صلى الله عليه وسلم الشرط وصحح العقد؛ لأنه أعلمهم بأن الشرط محرم.

---

(١) نظرية العقد ص٢١٨

(٢) مجموع الفتاوى ٣٤٨/٢٩

(٣) سبق تخريجه

ويستدل للحالة الثانية بالقياس على خيار العيب. والذي أميل إليه ما ذهب إليه ابن تيمية، فهو يقوم على نظر دقيق وفهم عميق للنصوص الشرعية، ويؤدي إلى استقرار المعاملات.

٢. الشرط الذي ينافي مقصود العقد، ويتناقض مع آثاره يفسد به العقد عند الشافعية والظاهرية وابن تيمية وعند الحنفية إذا كان فيه منفعة لأحد العاقدين أو المعقود عليه إذا كان من أهل الاستحقاق.

وذهب المالكية إلى أن هذا الشرط يفسخ به العقد إذا بقي المشترط متمسكاً بشرطه ولم يتنازل عنه. أما إذا تنازل عنه فيصح العقد.

والراجح ما ذهب إليه المالكية؛ لأن هذا الشرط أمر زائد عن أصل العقد، يلحق بوصفه دون أصله، فإذا زال الوصف بقي الأصل على مشروعيته وصحته.

٣. الشرط الفاسد الذي يقترن بعقد النكاح لا يؤثر فيه، فيصح العقد، ويبطل الشرط عند الحنفية والشافعية والمالكية فيما هو بعد الدخول، والحنابلة إذا كان الشرط مما ينافي مقتضى العقد. وبهذا أخذ قانون الأحوال الشخصية في مادة(١٩): "إذا قيد العقد بشرط ينافي مقاصده، أو يلتزم فيه بما هو محظور شرعاً: كأن يشترط أحد الزوجين أن لا يساكنه أو أن لا يعاشره معاشرة الأزواج، أو أن يشرب الخمر، أو أن يقاطع أحد والديه؛ كان الشرط باطلاً والعقد صحيحاً."

بينما يرى ابن تيمية أن النكاح لا يختلف عن البيع في تأثير الشروط الفاسدة على العقد. فإن كان الشرط مما ينافي مقتضى العقد بطل العقد به ، وإن كان مما ينافي مقصود الشرع فيفرق بين ما إذا علم المشتري بالشرط المحرم ، وبين ما إذا لم يعلم به. فإن كان يعلم بأن الشرط محرم صح العقد ، وبطل الشرط ، وإن كان لا يعلم بأن الشرط محرم خير بين الإمضاء وبين الفسخ.

الخاتمة

بعد عرض حقيقة الشروط المقترنة بالعقد وضوابطها وأثرها في العقد نستطيع أن نوجز أهم ما انتهينا إليه في النقاط التالية:

أولاً : الشرط المقترن بالعقد هو: التزام واقع في العقد حال تكوينه، يزيد عن أصل العقد ومقتضاه، بحيث يصبح جزءاً من أجزائه التي تم التراضي على أساسها.

ثانياً : الأصل في الشروط الحل والإباحة، ولا يحرم منها إلا ما خالف الشرع، أو خالف مقصود العقد الأصلي وهو ما قرره ابن تيمية وابن القيم والشاطبي.

ثالثاً : إذا اقترن بالعقد شرط صحيح وجب الالتزام به وإلا فسخ العقد.

رابعاً: إذا اقترن بالعقد شرط باطل (غير صحيح) فإما أن يكون منافياً لمقصود العقد، وإما أن يكون منافياً لمقصود الشرع.

١. فإن كان الشرط منافياً لمقصود العقد ويتناقض مع آثاره؛ فالراجح ما ذهب إليه المالكية من أن هذا الشرط يفسخ به العقد إذا بقى المشترط متمسكاً بشرطه، ولم يتنازل عنه. أما إذا تنازل عنه فيصح العقد، وفي عقد النكاح يبطل الشرط ويصح العقد، ولو لم يتنازل عنه.

٢. وأما إذا كان الشرط منافياً لمقصود الشارع: بأن يكون مخالفاً لما في الكتاب والسنة: كالربا والغرر فيفرق بين حالتين:

أ- الحالة الأولى: أن لا يعلم المشترط بمخالفة الشرط لمقصود العقد؛ كان للمشترط الخيار في أن يتنازل عن شرطه ويصح العقد، أو أن يفسخ العقد.

ب- الحالة الثانية: أن يعلم المشترط بمخالفة الشرط لمقصود العقد؛ فيبطل الشرط ويصح العقد، ولا أثر لهذا الشرط في العقد.

* * *

المراجع والمصادر

١. الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم، مكتبة عاطف، القاهرة، ط١، ١٩٧٨م.
٢. إعلام الموقعين، لابن القيم، دار الجيل، بيروت، ١٩٧٣م.
٣. الإنصاف للمرداوي، مكتبة السنة المحمدية، القاهرة، ط١، ١٩٥٦م.
٤. البحر الرائق، لابن نجيم، دار المعرفة، بيروت.
٥. بدائع الصنائع، للكاساني، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨٢م.
٦. البيان والتحصيل، لابن رشد، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط٢، ١٩٨٨م.
٧. تبيين الحقائق للزيلعي، دار المعرفة، بيروت.
٨. تحرير الكلام في مسائل الالتزام، للحطاب، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١٩٨٤،١م.
٩. الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، دار إحياء التراث العربي، بيروت،١٩٦٥م.
١٠. الجوهرة النيرة لأبي بكر الحدادي، مطبعة عارف، استانبول.
١١. حاشية الخرشي على مختصر خليل، دار صادر، بيروت.
١٢. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة.
١٣. حاشية ابن عابدين، دار الفكر، بيروت، ١٩٧٩م.
١٤. الحدود الأنيقةوالتعريفات الدقيقة لزكريا الأنصاري، دار الفكر المعاصر، بيروت، ط١، ١٩٩١م.
١٥. درر الحكام شرح غرر الأحكام لمنلا خسرو، مكتبة أحمد، القاهرة.
١٦. روضة الطالبين، للنووي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط٢، ١٤٠٥هـ.
١٧. سنن الترمذي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
١٨. السيرة النبوية لابن هشام، دار الكنوز الأدبية، بيروت.
١٩. الشـــروط المقترنة بالعقد للدريني، ضمن بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، ١٩٩٤م.

٢٠.صحيح البخاري، المكتبة الإسلامية، استانبول، ١٩٧٩م.
٢١.صحيح مسلم، طبعة إدارة البحوث العلمية، الرياض، ١٩٨٠م.
٢٢. غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم للحموي، دار الكتب العلمية، بيروت.
٢٣. الفتاوى الهندية لنظام الدين وآخرين، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط٣، ١٩٨٠ م.
٢٤.فتح البارى، لابن حجر، المطبعة السلفية، القاهرة.
٢٥. فتح القدير للكمال بن الهمام، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
٢٦.الفرائد البهية في القواعد الفقهية لمحمود حمزة، دار الفكر، دمشق، ط١، ١٩٨٦م.
٢٧. القاموس المحيط، للفيروز آبادي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٦م.
٢٨. القواعد الكلية والضوابط الفقهية لابن عبد الهادي، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ١٩٧١م.
٢٩. القواعد النورانية الفقهية لابن تيمية، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ١٩٥١م.
٣٠. الكافي لابن قدامة، المكتب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٦٣م.
٣١.كشاف القناع للبهوتي، مطبعة النصر الحديثة، الرياض.
٣٢. المبسوط للسرخسي، دار المعرفة، بيروت.
٣٣. مجمع الزوائد للهيثمي، دار الكتاب العربي، بيروت.
٣٤. المجموع للنووي، دار العلوم للطباعة، القاهرة، ١٩٧٢م.
٣٥.مجموع الفتاوى، لابن تيمية، دار العربية، بيروت.
٣٦.المحرر في الفقه لمجد الدين بن تيمية، مكتبة المعارف، الرياض، ط٢، ١٩٨٤م.
٣٧.المحلى لابن حزم، دار الاتحاد العربي، القاهرة، ١٩٦٨م.
٣٨.المدخل الفقهي العام للزرقا، دار الفكر، بيروت، ط١.
٣٩.المذهب الأحمد في مذهب أحمد لابن الجوزي، مطبعة الكيلاني، القاهرة.
٤٠.مسند الإمام أحمد، دار صادر، بيروت.
٤١.مصادر الحق لعبد الرزاق السنهوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
٤٢.المصباح المنير، للفيومي، المطبعة الأميرية، القاهرة، ١٩٢٦م.

٤٣.المصنف لعبد الرزاق، نشر المجلس العلمي الباكستاني.
٤٤.معجم مقاييس اللغة، لأحمد بن فارس، دار الجيل، بيروت، ط١، ١٩٧٧م.
٤٥.المغنى لابن قدامة، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض.
٤٦.مغنى المحتاج، للشربيني، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ١٩٦١م.
٤٧. المقدمات لابن رشد، مكتبة السعادة، القاهرة.
٤٨.المنثور في القواعد، للزركشي، مطبعة الفليج، الكويت، نشر وزارة الأوقاف الكويتية، ١٩٨٢م.
٤٩. المهذب للشيرازي، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ١٩٥٨م.
٥٠. الموافقات في أصول الشريعة، للشاطبي، دار المعرفة، بيروت.
٥١. مواهب الجليل شرح مختصر خليل للحطاب، مكتبة النجاح، ليبيا.
٥٢. نشر العرف في بناء الأحكام على العرف، لابن عابدين، ضمن رسائله، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
٥٣. نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، لحسن الشاذلي، دار الاتحاد العربي، القاهرة.
٥٤. نظرية العقد لابن تيمية، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ١٩٤٩م.
٥٥.نهاية المحتاج إلى شرح المحتاج، للرملي، مطبعة البابي الحلبي، القاهرة، ١٩٣٨م.

❁ ❁ ❁